أحمد شكري السباعي

الوسيط في الأوراق التجارية

دراسة مُعمّقة في قانون التجارة المغربي الجديد
وفي
إتفاقية جنيف للقانون الموحّد، واتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية، والسّندات الإذنية الدولية، والقانون المقارن

الجزء الأول

في آليات أو أدوات الائتمان

« الكمبيالة والسّند لأمر »

أحمد شكري السباعي
الوسيط في الأوراق التجارية
الجزء الأول

100 درهم

نبذة عن حياة الدكتور أحمد شكري السباعي

- ❖ ولد سنة 1938 بمدينة سيدي قاسم،
- ❖ متزوج وله ثلاثة أطفال،
- ❖ زج به غلاة الاستعمار الفرنسي في السجن اثر مظاهرات الطلبة والتلاميذ، (في مدينة سيدي قاسم) ضد الاحتلال ونفي الملك الشرعي جلالة محمد الخامس طيب الله ثراه، وأطلق سراحه مع باقي المعتقلين مباشرة بعد عودته إلى عرشه ووطنه.
- ❖ مكلف بمهمة بالديوان الملكي العامر، منذ سنة 1973،
- ❖ حصل على شهادة الباكالوريا في 9 يونيو 1959،
- ❖ حصل على الإجازة في الحقوق سنة 1962،
- ❖ حصل على دكتوراه الدولة في الحقوق سنة 1969.
- ❖ أستاذ كرسي القانون التجاري والقانون التجاري المقارن بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط أكدال منذ سنة 1962 (مساعد، محاضر، أستاذ التعليم العالي من الدرجة «ج» النهائية)،
- ❖ محاضر بدار الحديث الحسنية (القانون المدني)،
- ❖ محاضر بالمعهد الوطني للدرسات القضائية،
- ❖ محام مقبول لدى المجلس الأعلى،
- ❖ عضو اللجنة الوطنية التي أعدت مشاريع قوانين التجارة الجديدة في المملكة المغربية،
- ❖ أول رئيس لشعبة القانون التي أسست سنة 1973.
- ❖ عضو مؤسس لنقابة التعليم العالي،
- ❖ عضو اللجنة العلمية للمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد التي تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط - أكدال.
- ❖ ممثل المملكة المغربية في اللجنة الفنية التي أعدت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري «اتفاقية عمان»،
- ❖ ممثل المملكة المغربية في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وعضو لجنة الصياغة، ونائب رئيس اللجنة لسنة 1995/1994،
- ❖ حاصل على وسام العرش من درجة فارس، ووسام العرش من درجة ضابط، ووسام المسيرة الخضراء ووسام الداخلة،
- ❖ شارك في العديد من الندوات الوطنية والدولية ونشر العديد من المقالات، وصدرت له عدة مؤلفات.

مطبعة المعارف الجديدة
زنقة الرخاء - يعقوب المنصور - الرباط



أحمد شكري السباعي



الوسيط في الأوراق التجارية

دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد
وفي
إتفاقية جنيف للقانون الموحد، واتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية، والسندات الإذنية الدولية، والقانون المقارن

الجزء الأول

في آليات أو أدوات الائتمان

«الكمبيالة والسند لأمر»

﴿اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق
إقرأ وربك الأكرم، الذي علم بالقلم،
علم الإنسان مالم يعلم﴾

الإهــــداء

هديتي إلى صغيرتي مريم

ونصيحتي إلى أطفالي وطلابي

الحياة أخلاق
والأخلاق حياة
ولا حياة لمن لا أخلاق له

❖ ❖ ❖ ❖ ❖

أفضل الناس من يموت نظيفاً كما يولد نظيفاً

❖ ❖ ❖ ❖ ❖

في العلم فلاح، وفي حب وعبادة المال هلاك،
وفي الفراغ ضياع

الدكتور أحمد شكري السباعي

الطبعة الأولى 1419هـ - 1998م
رقم الايداع القانوني 1998/451.

سنتناول هذه الدراسة المعمقة
لأهميتها في جزئين :

الجزء الأول :

في أدوات أو آليات الائتمان
«الكمبيالة والسند لأمر»

الجزء الثاني :

في أدوات أو آليات الوفاء
«الشيك، ووسائل الأداء الأخرى»

مقدمـــة :

تتم إعادة طبع كتاب «الوسيط في الأوراق التجارية» في ظل مناخ جديد[1]، وتشريع جديد هو القانون رقم 15.95، الذي صادق عليه مجلس النواب في 24 من ذي الحجة 1416 (موافق 13 ماي 1996) والذي أمر بتنفيذه الظهير رقم 1.96.83، الصادر في 15 ربيع الأول 1417 (موافق فاتح أغسطس 1996) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418، بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (موافق 3 أكتوبر 1996).

ويتبين من فحص ودراسة مواد القانون الجديد ‹المواد 159 إلى 334[2]›، عدم حدوث أية تغييرات أو تعديلات جوهرية، خاصة على أدوات أو آليات الائتمان (الكمبيالة والسند لأمر)، بل حتى على أدوات أو آليات الوفاء (الشيك)، إن استثنينا مجال عوارض الأداء الذي غمرته إجراءات دقيقة واحترازية، مقتبسة من القانون الفرنسي، بغية التقليل -ما أمكن- من وباء جرائم المؤونة، إلى جانب العقوبات الجنائية بطبيعة الحال، التي ثبت عدم فعاليتها، إن لم نقل فشلها في الحاق الضرر أو الهزيمة بمنعدمي الضمير ومحترفي النصب والاحتيال.

ولا ينبغي أن يُفْهَمَ من هذا القول أن التغيير لم يمس نهائياً آليات الائتمان "Les instruments de crédit" فتحسين الصياغة، واختيار المصطلح الجيد، وتوضيح الرؤية، وتنقيح النصوص وتطهيرها من الأخطاء، والقضاء على التعارض بين النصوص المحررة والمنشورة باللغتين العربية والفرنسية[3]، يعتبر إن حدث، تقدماً لا يستهان به، لما يقدم من خدمات جمة للمتقاضين والباحثين ورجال القضاء والمحاماة والأعمال.

وقد يظن البعض أن التغيير اقتصر على المضامين أعلاه، بل على العكس من ذلك، فإن بعض التعديلات الجوهرية، وإن كانت قليلة، قد لحقت بعض النصوص -بناء على الاقتراحات التي تقدمنا بها إلى اللجنة التي أعدت مشروع سنة 1988، والتي احتفظ بها القانون الجديد- وتروم خاصة وعلى سبيل المثال، التقليل من حالات بطلان الكمبيالة (المادة 160) أو السند لامر، (المادة 233) لتخلف بيان من بياناتهما

1. الموافقة على مراجعة الدستور (دستور جديد) بمقتضى استفتاء 13 سبتمبر 1996.
2. الكتاب الثالث من القانون.
3. يعتد في حالة التعارض بالنص العربي لأن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد حسب الفقرة الأولى من ديباجة أو تصدير الدستور الجديد (المراجع) التي جاء فيها : «المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية وهي جزء من المغرب العربي الكبير . . .».

الشكلية اللازمة لصحتهما وما يترتب على ذلك من آثار سلبية قد تُخْرِجُ السند من نظام قانون الصرف إلى القانون العادي، وتُلْحِقُ ضرراً فادحاً بالتمويل والائتمان، أو تهدف إلى توحيد مدد التقديم استجابة ومسايرة للتطور الذي طرأ على وسائل النقل الدولية، التي قربت المسافات لا بين الدول فقط، بل بين القارات الخمس -إفريقيا، أوربا، آسيا، أمريكا، استراليا-، وما يحوطها من جزر وغيرها.

ومس التوحيد على الخصوص أجل تقديم الشيك للوفاء، والشيك هو واحد من أهم آليات أو أدوات الوفاء (Les instruments de paiement)، إذ أصبح الشيك الصادر خارج المغرب، والمستحق الوفاء فيه، واجب التقديم للوفاء داخل أجل ستين يوماً، تحسب من التاريخ المبين في الشيك كتاريخ لإصداره (المادة 268 الفقرتان الثانية والثالثة)، بعد ماكان أجل التقديم في القانون القديم (ظهير 28 ذو القعدة 1357 «موافق 19 يناير 1939»)، يختلف باختلاف القارات، حيث يجب تقديم الشيك داخل عشرين يوماً إذا كان صادراً في أوربا أو في إحدى دول البحر الأبيض المتوسط وواجب الأداء في المغرب، وداخل سبعين يوماً إذا كان صادراً في دولة غير أوربية، أو غير متاخمة للبحر الأبيض المتوسط وواجب الوفاء في المغرب، وتحسب هذه المدد ابتداء من اليوم المعين في الشيك كتاريخ للإصدار (المادة 29 من ظهير 19 يناير 1939 المنسوخ أو الملغى).

ولايعتبر عدم إدخال تعديلات جوهرية كثيرة على آليات الائتمان والوفاء قصوراً أو عجزاً عن الابتكار أو الإبداع أو الاقتباس، وإنما العائق الأساسي الذي حال دون ذلك يكمن في الطابع الدولي لهذه السندات، الخاضعة لنظام موحد جسدته اتفاقية جنيف للقانون الموحد (اتفاقية جنيف لـ 7 يونيو 1930، المتعلقة بالكمبيالة والسند لأمر، واتفاقية جنيف لـ 19 مارس 1931 المتعلقة بالشيك) التي تروم تنشيط التبادل التجاري والحركة التجارية العالمية، وحماية انتقال النقود عن طريق هذه السندات وتقوية الائتمان والثقة فيه، وتدعيم الاستثمارات بين الدول عن طريق آليات عالمية سريعة، ضماناً لرفاهية الإنسانية، وتقوية للروابط التي تجمع بين الدول داخل مجتمع عالمي يحكمه قانون موحد، ولذلك فكل تعديل جذري يزيغ عن سكة القانون الموحد سيؤثر دون شك على ارتباطات المغرب الاقتصادية الدولية، ويمس بالمصداقية السياسية والأخلاقية التي تحظى بها بلادنا التي احتضنت مؤتمر الكات بمدينة الدار البيضاء.

ويمكن أن يُقَال نظرياً وانطلاقاً من فكرة السيادة، أن المغرب لم يشارك في مؤتمر جنيف، وتبنى فقط هذه الاتفاقيات لفائدتها المعنوية والمصلحية، لذلك فمن حقه أن يُدْخِلَ مايراه ضرورياً من الإصلاحات، خاصة أن هناك دولا لم تأخذ بعد باتفاقية جنيف الموحد، كالجمهورية العربية المصرية والدول الانجلوسكسونية[4].

إلا أن هذا القول مردود، لأنه يمس بجوهر قانون عالمي موحد، وبمبادئ ثابتة ومستقرة عالمياً ووطنياً، ويؤثر دون ريب على ارتباطاتنا ومعاملاتنا الدولية، خاصة بعد إبرام اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي، التي تعمل دوله بقانون جنيف الموحد.

والجدير بالذكر هنا، أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «La cnudci» -التي أمثل المغرب فيها- ذهبت إلى ماهو أبعد من اتفاقية جنيف الموحد، في محاولة لتجاوز تحفظ ورفض بعض الدول الانضمام إلى الاتفاقية[5] فوضعت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية، والسندات الاذنية الدولية التي استوحت أغلب مبادئها من القانون الانجلوسكسوني «Anglo-saxone» الذي تراجع واندحر أمام الفكر والتصور اللاتيني (خاصة الجرماني) الذي هيمن على اتفاقية جنيف للقانون الموحد[6].

ولم يصادق المغرب في الوقت الحاضر على هذه الاتفاقية، ولم يقم بإدخالها في تشريعه الداخلي.

ويتضمن القانون الجديد إلى جانب ذلك تجديداً جوهرياً آخر يتجلى في إقدامه على تنظيم وسائل الأداء الأخرى «Autres moyens de paiement» في القسم الرابع من المدونة، وخصص لها المواد من 329 إلى 334 .

ولقد أحسن القانون الجديد، عندما نظم وتكلم عن «وسائل الأداء الأخري» وهي عبارة عامة تشمل وسائل الأداء الموجودة حالياً، والتي قد توجد مستقبلاً، ومن أمثلة وسائل الإداء هاته الوفاء عن طريق البطائق "par carte"، أو عن طريق التحويل «par virment» أو السندات الْمُحَوْسَبَة «titre informatisés»[7].

4. ميشيل جانتان : القانون التجاري، طبعة 1992، صفحة 122، فقرة 231 .
5. سنتعرض إلى الكلام عن بعض مبادئها عند معالجة الموضوع.
6. وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية، بتوصية من اللجنة السادسة القانونية في 9 دسمبر 1988 .
7. اصطلاح استعمله لأول مرة اشتقاقاً عن كلمة «الحاسوب».

ويلاحظ في الأخير، أن قواعد الكتاب الثالث من مدونة التجارة، الخاص بالأوراق التجارية، موضوع هذه الدراسة، لن يدخل حيز التطبيق إلا بعد مرور سنة من تاريخ نشره -نشر المدونة- (المادة 735 ف3) وبالضبط سيبدأ العمل بنصوص المواد الجديدة المنظمة للأوراق التجارية في 3 أكتوبر 1997، لأن النشر وقع في 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، الجريدة الرسمية عدد 4418 .

يقصد بالأعمال التجارية الأصلية الشكلية، تلك الأعمال التي أسبغ عليها المشرع السبغة التجارية، بالنظر إلى القالب أو الشكل الوظيفي الذي تفرغ فيه أو ترتديه، وبمعنى آخر، أن القانون اعتد بالشكل وجعله في حالات خاصة معياراً قائماً بذاته، لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني، يقوم إلى جانب المعايير أو الضوابط الأخرى المعروفة دولياً كضابط المضاربة والتوسط أو الوساطة، والتداول والباعث التجاري[8] والمقاولة أو الحرفة أو الأصل التجاري (المواد 6 و7 و8 من القانون الجديد)، وضابط العمل التجاري التبعي (المادة 10 من القانون الجديد).

ويطلق على هذه الأعمال كذلك الأعمال التجارية العرفية، لأنها وجدت كأعراف وعادات انبثقت عن الممارسة العملية أو التطبيقية قبل أن يعمل التشريع على تنظيمها وتقنينها، أو الأعمال التجارية بنص القانون، لأن القانون نص على تجاريتها دون أن تتوفر فيها مقومات أو ضوابط العمل التجاري، ومن هذه الأعمال : مكاتب الأشغال، والأوراق التجارية، والشركات (ماعدا شركة المحاصة).

✓ ويقصد بالأوراق التجارية "Les effets de commerce" سندات الائتمان[9] التجاري "Les titres de crédits commerciaux" المجسدة في السفتجة أو الكمبيالة، والسند لأمر أو السند الاذني، وتضاف إليهما الحوالة البنكية أو المصرفية «الشيك» وسندات رهن البضائع "Warrant" مع ما في هذه الأوراق الأخيرة -غير السفتجة أو الكمبيالة في كثير من التشريعات- من اختلافات فقهية وقضائية وقانونية سنشير إليها أثناء العرض.

وقد اكتفت المادة 9 من قانون التجارة المغربي الجديد بذكر ورقتين من الأوراق التجارية فقط، تأثراً واضحاً بالتشريع الفرنسي، الذي لم يعد يساير التطورات

8. معايير وضوابط فقدت لمعانها وفاعليتها بعدما تبنى القانون المغربي الجديد النظرية الشخصية في مفهومها الاقتصادي الجديد أو نظرية المقاولة «الممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة. . . » لبناء قانون التجارة الجديد «المواد 6 و7 و8 من قانون التجارة الجديد».

9. تمييزاً لها عن سندات الائتمان المدني «Les titres de crédit civils».

العالمية لجموده وافتقاره إلى قطار تشريعي سريع يساير سرعة الممارسة العملية، تشريع لازال صامتاً ساكتاً عن تحديد طبيعة وصفة الشيك، بل الأغرب من ذلك أن القانون المغربي الجديد أضعف عن قصد أو دون قصد -تقليداً- من تجارية السند لأمر أو السند الاذني التي استحقها من طبيعته القانونية والتجارية كأداة للائتمان والوفاء -كالكمبيالة- والتي سبق أن ارتداها بمقتضى المادة 10 من مشروع سنة 1988[10] وتبدو هذه الثغرات[11] من نص المادة 9 من القانون الجديد، التي جاء فيها : «يعد عملا تجارياً بصرف النظر عن المادتين 6 و7 :

- الكمبيالة.

- السند لأمر الموقع ولو من غير تاجر، إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية».

وقد انفرد القانون التجاري العراقي الجديد لسنة 1984 (والقانون الاردني المادة 123) بتعريف الورقة التجارية -سواء كانت كمبيالة أو سنداً لأمر أو شيكاً- وذلك في المادة 39 التي جاء فيها : «الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخص آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين، و يكون قابلا للتداول بالتظهير أو المناولة».

✓ وتخضع الأوراق التجارية دون غيرها من الأوراق لقانون الصرف[12] "Le droit cambiaire" الذي يقصد به مجموعة القواعد التي تنظم وتميز الأوراق التجارية، كالكفاية الذاتية، واستقلال التوقيعات، والتجريد، والتظهير يطهر الورقة من الدفوع، والضمان وغيرها من الأحكام والمبادئ الكثيرة التي ستكون موضوع الدراسة.

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان التعداد الذي يلجأ إليه التشريع -مثلا المادة 9 من قانون التجارة المغربي الجديد التي ذكرت الكمبيالة والسند لأمر- وارداً على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، إلا أن الرأي الراجح حسب اعتقادنا، هو الذي يرى أن التعداد السابق وارد على سبيل المثال، أي أن كل ورقة أخرى مجانسة لتشابه غاياتها وصفاتها مع الأوراق المعددة أو التي سَتُسْتَجَدُّ مستقبلا -تتضمن

10. التي جاء فيها : «يعد عملاً تجارياً بصرف النظر عن الفصلين السابع والثامن الكمبيالة والسند لأمر».

11. راجع تفصيل ذلك صفحة 338 إلى 345 من هذا الكتاب.

12. أطلق عليه قانون الصرف لأن هذه الأوراق كانت في بداية نشأتها أداة لنقل النقود وتحويلها تنفيذاً لعقود الصرف، وسنتعرض بالتفصيل إلى هذا الأمر أثناء الكلام عن وظائف الكمبيالة.

مميزات الأوراق التجارية- وتقبل التداول التجاري، ويستقر العرف[13] التجاري على التعامل بها، ويقبلها كأداة للائتمان أو الوفاء أو الاثنين معاً، تعتبر ورقة تجارية وهو الباب الذي فتحه، وعبر عنه القانون المصري في المادة 124 التي ذيلت بالصيغة التالية : «... وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية»[14].

وتختلف الأوراق التجارية اليوم عن النقود أو الأوراق البنكية، وكانت الأوراق البنكية في الماضي شبيهة بالأوراق التجارية، إذ كان بنك الإصدار يتعهد لحامل الورقة بأن يدفع له المبلغ الثابت فيها بالنقود المعدنية الحقيقية (التي كانت لها وحدها قوة الابراء من الديون) بمجرد الإطلاع، اختلافاً جوهرياً، يتجلى في أن الأوراق البنكية أصبحت نقوداً حقيقية تمتاز بالسعر الالزامي، وقوة الإبراء من الديون -ويعاقب بغرامة من عشرة إلى مائة وعشرين درهماً، يمكن أن ترتفع هذه الغرامة في حالة العود إلى مائتى درهم مع الاعتقال لمدة لا تتجاوز ستة أيام «تعديل بمقتضى القانون رقم 3.80 الصادر بتاريخ جمادى الثانية 1401 (الموافق 15 أبريل 1981)، أدخل على الظهير المؤرخ في 28 من جمادى الثانية 1382 «الموافق 26 نونبر 1962» من رفض قبول العملة الوطنية بالقيمة المقررة لتداولها بصفة قانونية، مالم تكن زائفة أو مغيرة (الفقرة 8 من المادة 609 من القانون الجنائي -وتصدر عن بنك الإصدار -بنك المغرب- ولا تنتج فوائد- كما قال أفلاطون النقود امرأة عاقر، النقود لا تلد ؛ ولا ينال منها التقادم، -ولكن يمكن تغييرها أو استبدالها بالطرق القانونية- أما الأوراق التجارية فتصدر عن أطراف العلاقة، تجاراً كانوا أم غير تجار، تنتج الفوائد القانونية والاتفاقية [ماعدا الشيك طبقاً للمادة 245 من المدونة]، وتتقادم بمضي الزمن، وتحرر بمبالغ تختلف من ورقة إلى أخرى، ولا تتمتع بقوة الإبراء من الديون، أي يسوغ للأفراد أن يرفضوا التعامل بها، مالم يكن الوفاء بين التجار في معاملاتهم التجارية، حيث يجب أن يقع هذا الوفاء بشيك مسطر أو تحويل إذا زاد المبلغ عن عشرة آلاف درهم (المادة 306 من قانون التجارة الجديد)؛ أو يساوي المبلغ أو يزيد عن 20.000 درهم أيضا، في المجال الضرائبي، بمقتضى التعديل الذي أدخلته المادة 8 و 9 من القانون المالي لسنة 1997-1998 على المادتين 47 و 111 (الظهير رقم 1.97.153 بتاريخ 30 يونيو 1997) بتنفيذ القانون المالي رقم 14.97، الجريدة الرسمية عدد

13. لذلك سميت أيضاً بالأوراق التجارية العرفية، وبمعنى آخر لا يكفي لتكون الورقة تجارية أن تتضمن خصائص الأوراق التجارية وأن تقبل التداول بالطرق التجارية بل يشترط أن يسلم بها العرف ويستقر على قبولها كأداة للوفاء أو الائتمان.

14. راجع في هذا المعنى مصطفى كمال طه : المرجع السابق فقرة 7.

4495، بتاريخ 30 يونيو 1997[15]. وهي أسباب جعلت قانون التجارة الجديد، يفرض على التجار التزاماً جديداً يتعين بمقتضاه على كل تاجر ولأغراضه التجارية، أن يفتح حساباً في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية (المادة 18 من قانون التجارة الجديد).

وتتميز الأوراق التجارية عن وثيقة التأمين "Polices d'assurance" في أن الأولى تتضمن مبلغاً من النقود واجب الوفاء في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الإطلاع، في حين أن الوفاء في الثانية متوقف على حدوث أمر غير محقق الوقوع، أي وقوع الحادثة أو تحقق الخطر المبين في العقد، وكذلك عن سند الرهن "Warrant" في أن موضوع الأوراق التجارية -الكمبيالة، والسند لأمر، والشيك- دائماً مبلغ من النقود، في حين أن موضوع السند الثاني ينصب على بضاعة.

ولن نتناول بالدراسة التفصيلية في هذا الكتاب سند الرهن الذي صنفه المشرع إلى جانب العقود التجارية، التي خصص لها الكتاب الرابع، وبالضبط الفصل الثاني من هذا الكتاب تحت عنوان : «الإيداع بالمخازن العمومية»[16] ونترك التعرض إليه إلى موضعه الطبيعي، ولكن قد يكون مفيداً إعطاء تعريف وبيانات عنه حتى تظهر الفروق واضحة بينه وبين الأوراق التجارية الأخرى.

يعتبر سند الرهن "Warrant" نوعاً من السندات الاذنية، يتضمن وعداً من متعهد بأن يفي بمبلغ من النقود للحامل أو لاذنه، تحت ضمان رهن بضاعة مودعة، إما في مخزن أو توجد بين يدي المالك.

وتوجد أنواع كثيرة من سندات الرهن، منها سند رهن البضاعة الذي تستعمله المخازن العمومية "Les magasins généraux"، ورهن أثاث الفنادق «Le warrant hoteliers» ورهن الغلات الفلاحية "Le warrant agricole"، ورهن المنتوجات البترولية "Warrant pètrolier" ورهن المنتوجات الصناعية "Warrant industriel" وغيرها.

وتثبت إيداعات البضائع في المخازن العمومية على الخصوص بإيصالات Des récépissés تسلم للمودع مؤرخة وموقعة مستخرجة من سجل ذي ارومات "Un registre à souches" طبقاً للمادة 341 ف1 من قانون التجارة الجديد؛ ويلحق بكل إيصال تحت تسمية الرهن "Warrant" بطاقة رهن "Un bulletin de gage" تحمل المعلومات نفسها التي توجد في الايصال (المادة 341 ف2)؛ وتكون التواصيل

15. راجع شرح هذه المسألة في مادة الشيك.

16. المواد 341 إلى 354.

وبطاقات الرهن قابلة للتداول إما مجموعة أو منفردة (المادة 342 ف1).

ويجيز القانون تداول الوثيقتين معاً، أي الايصال "Récépissés" وسند الرهن "Warrant" عن طريق التظهير تدعيماً للائتمان، وتسهيلاً للتعامل -لما في ذلك من اقتصاد في المصاريف، وتذليل للصعوبات الناشئة عن النقل-، وقد يقع تداول الوثيقتين معاً أو يرد هذا التداول على واحدة دون أخرى (المادة 344 ف1)، وذلك على الشكل التالي :

1- إذا ظهر ايصال الإيداع وسند الرهن معاً، كان هذا التظهير ناقلا للملكية -إن لم يكن توكيلياً- ولا يتم هذا النوع من التظهير إلا في حالة البيع (المادة 342 ف1 و 344 ف1)؛

2- إذا ظهرت بطاقة الرهن بانفصال عن الايصال عد هذا التظهير رهناً للبضاعة لفائدة المفوت إليه الرهن (المادة 343 ف1)؛

3- إذا ظهر ايصال الايداع وحده نقل هذا التظهير إلى المفوت له حق التصرف في البضاعة، إلا أنه يلزم بأداء الدين المضمون ببطاقة الرهن أو أداء مبلغه من ثمن بيع البضاعة، إذا كانت بطاقة الرهن لم تنقل مع التوصيل (المادة 343 ف2).

ويمكن في الأخير، للمؤسسات العمومية للائتمان أن تقبل بطاقات الرهن كأوراق تجارية (المادة 353).

وتختلف الأوراق التجارية أيضاً عن سندات الاستثمار، والتي تعرف أيضاً بالقيم المنقولة Les valeurs mobilières أو الأوراق المالية[17]، كالأسهم وسندات القرض التي تصدرها شركات الأموال، في أن الأسهم تحتوي على حقوق محتملة، وحقوق مركبة، كالحق في الأرباح، والحق في الإدارة وفي التصويت وحضور الجلسات التي تعقدها الجمعيات العمومية، والحق في موجودات الشركة بعد التصفية؛ وأن سندات القرض والأسهم تصدر لأجل طويل، أما الأوراق التجارية فتتضمن الأمر الناجز بدفع مبلغ معين ثابت واجب الاستحقاق بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير -استثناء الشيك- قد لا يتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى أكثر تقدير ستة أشهر في المعاملات التجارية، ولكن غالباً ما ترفق بآجال طويلة في المعاملات المدنية.

17. وينتقد بعض الفقه تسمية القيم المنقولة بالأوراق المالية، بدعوى أن هذه التسمية تجعلها تختلط بالأوراق المالية "Effets ou papiers financiers" التي ابتدعتها البنوك لتدعيم الائتمان البنكي، كأن يسحب البنك على الحرفاء أو الزبائن كمبيالات لاسترداد مبلغ القرض الذي منحه إياهم في تاريخ الاستحقاق، وتختلف هذه الأوراق الأخيرة بدورها عن الأوراق التجارية "Effets ou papiers commerciaux" التي يحررها مبدئياً التجار بمناسبة الصفقات والأعمال التجارية المتعلقة بالبضائع أو إنجاز أو أداء خدمات معينة.

منهجية أو خطة البحث

ونقسم دراسة الأوراق التجارية، بعد هذه المقدمة إلى قسمين :

القسم الأول : في أدوات أو آليات[18] الائتمان

Les Instruments De Crédit

ونخصص له الجزء الأول

القسم الثاني : أدوات أو آليات الوفاء

Les Instruments De Paiement

ونخصص له الجزء الثاني

18. تسهيلا للبحث وارتكازاً على وظيفتها الأساسية أي الائتمان حتى وإن كانت تستعمل كذلك في الوفاء.

القسم الأول
آليات الائتمان
"Les Instruments De Crédit"

نخصص هذا القسم الأول لدراسة آليات أو أدوات الائتمان، ونقصد بهذه الآليات الكمبيالة (أو السفتجة)، والسند لأمر (أو السند الاذني) وإن تجاوزت وظيفتهما الائتمان إلى الوفاء في بعض الأحيان، إلا أن الائتمان يبقى الطابع الجوهري والأساسي لهما، على خلاف الشيك، وغيره من وسائل الأداء الأخرى، التي تبقى وظيفتها مقتصرة على الوفاء فقط، الأمر الذي يلزمنا بتخصيص قسم مستقل ثان لدراستها.

وتفرض طبيعة البحث تقسيم هذا القسم الأول إلى بابين :

الباب الأول : في الكمبيالة أو السفتجة.

الباب الثاني : في السند لأمر أو السند الاذني.

الباب الأول

السفتجة أو الكمبيالة أو الإثرة

La Lettre De Change Ou Traite

تعتبر السفتجة أو الكمبيالة "Cambiale"[1] من الأعمال التجارية الأصلية الشكلية، المنفردة والمطلقة، أي تعتبر كذلك بصرف النظر عن الغرض الذي تكونت أو سحبت من أجله، أكان غرضا وعملا أو نشاطا تجاريا أو مدنيا، ويصرف النظر عن الشخص الذي سحبها، أكان تاجرا أم غير تاجر، طبقا للمادة 9 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها :

«يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و 7 : الكمبيالة...»
وتعتبرالكمبيالة أداة وفاء وائتمان وصرف ونقل للنقود، وجميع مايقع عليها من أعمال يعد أعمالا تجارية أيا كان المتعاملون بها، كالسحب، والتظهير، والقبول، والضمان، والخصم، وغيرها من الأعمال.

وقد اختلف فقهاء تاريخ القانون، حول ظروف ظهور هذه الورقة التجارية، وتاريخ ظهورها، والقوم الذين يرجع لهم الفضل في ابتكارها، فمنهم من يرى أن اليهود كانوا أول من استعملها لتهريب الأموال من أوربا إلى أمريكا، ويرى البعض الآخر أن الصينيين كانوا أول من تعامل بها في القرن السادس عشر، ويرى فريق آخر أن العرب أخذوا هذه الورقة عن الصينيين، وتذهب جماعة أخرى إلى أن العرب أخذوها

1. وتستعمل بعض التشريعات أيضاً كلمة «البوليصة» ترجمة للكلمة الإيطالية "Polizza" كما هو الشأن في القانون العراقي القديم، أما القانون الجديد لسنة 1984 فقد أطلق عليها الحوالة التجارية (السفتجة)، أو كلمة كمبيالة ترجمة للكلمة الايطالية أيضاً "Cambial" كما هو الشأن في القانون المغربي والمصري والتونسي (الفصل 269)، واستعمل القانون اللبناني كلمة السفتجة أو سند السحب (المادة 315)، وخرج القانون الأردني عن هذه الاصطلاحات المتعارف عليها وأطلق على الكمبيالة كلمة سند السحب، وتارة البوليصة، أما كلمة الكمبيالة فجعلها مرادفاً لكلمة السند الأدنى أو لأمر. (المادة 123). أما الانجليز (المملكة المتحدة) فيطلقون عليها «Bill of exchange» والألمان «Weshel».

عن الفرس، لكن لا نستبعد أن يكون العرب[2] هم أول من ابتكر هذه الورقة التي تحدثوا عنها كثيراً في المؤلفات القديمة، وإن اتخذت شكلا وإسماً مغايراً لما نعرفه اليوم، وأقل تنظيماً، خاصة أن هذه الورقة تجسدت طبيعتها ووظيفتها في عصر كان فيه للعرب وللمسلمين الباع الطويل في التجارة الداخلية والدولية، وكانت قوافلهم تجوب الصحاري، والسهول، والجبال والبحار إلى بلاد الهند والصين، وكانت مراكبهم تعبر البحار إلى أوربا وغيرها.

ويذهب الفقه الأوربي إلى أن الكمبيالة ظهرت لأول مرة في أوربا في القرون الوسطى في المدن التجارية لشمال إيطاليا، وتلاها السند الأذني أو السند لأمر، وأخيراً لحق بهما الشيك[3] الذي قل من أهميتها[4]. أما ميشيل جانتان "Michel Jeantin" وإن كان يعتبر مهد الكمبيالة في شكلها الحالي هو أوربا -التي كانت أداة للوفاء قبل أن تتحول للائتمان- فإنه يعترف في الوقت ذاته بأن هناك حضارات أخرى تعرفت على آليات شبيهة "Il semble cependant qu'à une époque relativement proche, d'autres civilisations aient connu des mécanismes de type équivalent"[5]

ويذكر على الخصوص الإسلام والمسلمين في القرن الرابع عشر (XIV) اعتماداً على الرحالة العربي المشهور ابن بطوطة، الذي روى قصة الشيخ أبو إسحاق في إيران، الذي كان يستعمل نوعاً من السند لأمر Billet à Ordre يقبل التظهير لاستحصال أو استعادة مبالغ نذور الديون "DES VOEUX PIEUX" التي يقدمها المسافرون لفائدة زاويته وقاية لهم من أخطار الطريق[6].

2. نهاد السباعي : المرجع السابق صفحة 281، فقرة 534 و 536، وجاء في كتابه هذا أن ابن عابدين عرف الكمبيالة بأنها السفتجة بضم السين وفتح التاء، وهي إقراض لسقوط خطر الطريق، فكأنه أحال الخطر في الواقع على المستقرض، فكان في معنى الحوالة، وهي واحدة السفاتج، فارسي معرب أصله «سفته» وهو الشيء المحكم، سمي هذا القرض به لأحكام أمره كما في الفتح وغيره، وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه قرضاً لا إعانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وقيل هي أن يقرض إنساناً ليقبضه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

3. الفريد جوفري، العَمَلي في القانون التجاري، الطبعة عشرون بواسطة جاك مسطر لسنة 1991، صفحة 409، فقرة 757.

4. في الوفاء لا الائتمان، خاصة أن الوظيفة الأولى للكمبيالة كانت الوفاء فقط، لدرجة أطلق عليها "Lettre De Paiement".

5. القانون التجاري، الطبعة الثالثة، 1992 صفحة 117 و 118، فقرة 224.

6. جانتان : المرجع السابق صفحة 118، الهامش الثاني.

واهتمت دول العالم بالسفتجة (الكمبيالة)، وبالأوراق التجارية عامة أيما اهتمام، وترجع محاولات التوحيد الدولية الأولى إلى مؤتمري "La Haye" ليونيو 1910، ويونيو 1912، إلا أن أعمال هذا المؤتمر لم تتوج بالنجاح نتيجة للحرب الكونية أو العالمية الأولى، ولكن الأمل في تحقيق حلم قانون موحد للأوراق التجارية لم ينطفئ واستيقظ من رماد الحرب من جديد، لما سيكون له من دور فعال في ازدهار وتنشيط حركة المبادلات التجارية الدولية وانتقال راس المال، والدفع بآلة الاستثمار إلى الأمام، وانتهى هذا الاهتمام إلى عقد مؤتمر خاص بدراسة المشاكل الناجمة عن استعمال الكمبيالة والسند لأمر دولياً وترتيب الحلول والقواعد الموحدة الملائمة لفضها أو حلها، وتم تحقيق هذا الحلم أو الأمل الذي راود كثيراً من المفكرين بالاتفاق الفعلي والتوقيع على اتفاقية عرفت باتفاقية جنيف للقانون الموحد -إشارة إلى المدينة السويسرية التي انعقد فيها هذا المؤتمر- وكان ذلك في 7 يونيو 1930، حيث اتفقت الأطراف والوفود المشاركة على العمل بالقانون الموحد، وإدخاله في التشريعات الوطنية الداخلية.

ويعتبر قانون جنيف الموحد خطوة عملاقة نحو التوحيد، ولا ينقص من قيمته تحفظات بعض الدول، ولا رفض الدول الانجلوسكسونية -خاصة بريطانيا وأمريكا- العمل به لتفوق التصور الجرماني وتَبَنِّيه من قبل المؤتمر، القائم على مبدإ الشكلية والتجريد، خلافاً للقانون الانجلوسكسوني الذي لا يعطي أهمية كبرى لا للشكلية ولا مقابل الوفاء، ولا تضعف من أهمية قانون جنيف الموحد كذلك اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الاذنية الدولية لسنة 1988 .

وقد انضمت بلادنا إلى اتفاقية جنيف للقانون الموحد عندما تبنتها بمقتضى الظهير الصادر في 19 يناير 1939، وهي التي كانت أساس التنظيم الجديد للأوراق التجارية في القانون الجديد (المواد من 159 إلى 329).

وارفقت اتفاقية جنيف بملحقين هامين :

أ- ملحق أول خاص بنصوص القانون الموحد "Loi Uniforme" المنظم للكمبيالة والسند لأمر أو السند الاذني.

ب- ملحق ثان يتعلق بالتحفظات، أي يتعلق بالنصوص التي يمكن للتشريعات

الوطنية -للدول المصادقة- أن تخرج عنها[7] لاختلاف الرأي حولها، أو لأن طبيعة وظروف الدول تقتضي اختيار أحسن السبل وأكثرها ملاءمة لظروفها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

وتقتضي طبيعة هذا الباب الأول تقسيمه إلى خمسة فصول هي التالية :

الفصل الأول : في تعريف الكمبيالة ووظائفها ومميزاتها؛

الفصل الثاني : في شروط الكمبيالة الموضوعية والشكلية؛

الفصل الثالث : في تداول الكمبيالة؛

الفصل الرابع : في مقابل الوفاء، ووصول القيمة، وكمبيالة المجاملة، والقبول، والضمان الاحتياطي؛

الفصل الخامس : في الاستحقاق والوفاء، وتعدد النظائر والنسخ، والرجوع أو المقاضاة، والتقادم.

7. وتم الاتفاق كذلك على اتفاقيتين أخريتين هما :
1- اتفاق حل تنازع القوانين المنظمة للسفاتج والسندات لأمر،
2- اتفاقية رسم الدمغة أو الطابع "Timbre."

الفصل الأول

تعريف السُّفْتَجة أو الكمبيالة، ووظائفها، ومميزاتها

إذا كانت السُّفْتَجَة أو الكمبيالة تعد اليوم أهم الأوراق التجارية، وأداة الائتمان الأولى "Un instrument de crédit" فماهو إذن تعريف هذه الورقة أو السند ؟ وماهي وظائفها ؟ وماهي مميزاتها ؟.

أولاً : تعريف السفتجة أو الكمبيالة : السفتجة أو الكمبيالة هي ورقة تجارية، أو صك أو سند تجاري (تصرف بإرادة منفردة من الناحية القانونية الصرفة)، تُحَرَّرُ وفقاً لبيانات حددها القانون، تتضمن أمراً صادراً من شخص يسمى الساحب "Tireur" موجها إلى شخص آخر مدين له يسمى المسحوب عليه "Tiré" بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الإطلاع، أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين، إلى شخص ثالث يدعى المستفيد[1] "Bénéficiaire" .

ويعتبر التعريف الذي نقدمه تعريفاً فقهياً، لأن كلا من القانون القديم والقانون الجديد أحجما عن تعريف هذا السند (الكمبيالة)، أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية التي لم يصادق المغرب عليها، ولم يعمل على إدخالها في تشريعه والسندات الاذنية الدولية لسنة 1988 فقد تجاوزت هذا العائق وفرضت عليها طبيعة هذه الكمبيالة الدولية تعريفها الذي جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية :

«1- السفتجة الدولية هي السفتجة التي يُعَيَّن فيها مكانان على الأقل من الأماكن التالية، مع بيانّ أن مكانين، أي مكانين، من الأماكن المعينة على هذا النحو يقعان في دولتين مختلفتين.

أ- مكان سحب السفتجة؛

ب- المكان المبين بجانب توقيع الساحب؛

ج- المكان المبين بجانب إسم المسحوب عليه؛

1. وهو التعريف نفسه الذي تبنته الفقرة الأولى من المادة 123 من القانون التجاري الأردني التي جاء فيها : «سند السحب أو ما يسمى أيضاً البوليصة أو السفتجة، وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، يتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو حامل السند مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين».

د- المكان المبين بجانب إسم المستفيد؛

هـ- مكان الدفع.

شريطة أن يُعَين مكان سحب السفتجة أو مكان الدفع في السفتجة وأن يقع هذا المكان في دولة متعاقدة».

ولا يمكن أن تُحَرر أو تنشأ السفتجة في بلادنا للحامل تحت طائلة البطلان، إلا أنه يجوز تظهيرها للحامل المادة 159 من قانون التجارة الجديد.

ويختلف القانون المغربي هنا عن القانون المصري، الذي يجيز أن تنشأ الكمبيالة للحامل وفق ما نصت عليه المادة 105 تجاري، التي جاء فيها : «وتكون لحاملها أو تحت إذن شخص ثالث أو إذن نفس ساحبها، ويوضع عليها إمضاء الساحب أو ختمه».

وقد تحرر الكمبيالة للمستفيد أو لإذنه أو لأمره فتسمى كمبيالة اذنية أو أمرية، أو تظهر للحامل أو لاذنه أو أمره فتكون للحامل أو لاذنه أو أمره، وتتداول في الحالة الأولى عن طريق التظهير، وفي الحالة الثانية عن طريق المناولة اليدوية أو عن طريق التظهير. وإذا كان التشريع المغربي الجديد كالقديم لم يجعل من «شرط الاذن أو الأمر» بياناً إلزامياً، يترتب عن تخلفه البطلان -وبمعنى آخر يعتبره عند التخلف موجوداً ضمنياً- فإن القانون المصري جعل من بيان شرط الاذن أو الأمر بياناً إلزامياً، وأن تخلفه يجعل الكمبيالة اسمية، الكمبيالة الاسمية تعتبر كمبيالة باطلة، ولا تخضع لقانون الصرف[2]، ولا تنتقل بالطرق التجارية -التظهير والمناولة اليدوية- وإنما تخضع لقواعد انتقال الحقوق المعمول بها في القانون المدني، وقد نصت على هذا المادة 105 تجاري مصري، التي جاء فيها «... وتكون لحاملها أو تحت إذن شخص ثالث أو إذن نفس ساحبها ويوضع عليها إمضاء الساحب أو ختمه...».

ويتبين من الأفكار أعلاه المستوحاة من القانون المصري أن الكمبيالة قد تكون:

أ- كمبيالة لاذن المستفيد وتكون صحيحة.

ب- كمبيالة للحامل وتكون صحيحة.

2. على ما سوف نرى أثناء الكلام عن وظائف الكمبيالة.

ج- كمبيالة إسمية وتكون باطلة[3].

ويختلف بهذا القانون المغربي الجديد اختلافاً جوهرياً عن القانون المصري، ويبرز هذا الخلاف في أن المادة 159 من قانون التجارة المغربي الجديد لم تجعل شرط الاذن من البيانات الالزامية التي يجب ذكرها على ذات الصك -خلافاً للمادة 105 من القانون التجاري المصري التي أوجبت ذكر شرط الاذن- وإنما افترض القانون المغربي وجود هذا الشرط عندما جعلت المادة 167 ف1 من قانون التجارة الجديد الكمبيالة تقبل الانتقال عن طريق التظهير ولو لم تكن مسحوبة للاذن أو الأمر صراحة، وبعبارة ثانية، أن ذكر كلمة «كمبيالة أو سفتجة» على ذات الصك تفيد ضمنياً شرط الاذن أخذاً بقانون جنيف الموحد، وتأثراً بالنظرية الكلاسيكية التي يتزعمها كاستون لاكارد Gaston lagarde القائل بأن اشتراط ذكر تسمية كمبيالة على ذات الورقة أو الصك، يستغرق أو يجب ضمنياً شرط الاذن، أي أن الكمبيالة تحمل ضمنياً شرط الاذن أو الأمر[4].

ولا يمكن أن يُعَطَّل مبدأ تداول الكمبيالة عن طريق التظهير إلا إذا تضمنت هذه الأخيرة شرطاً ينص صراحة على استبعاد شرط الأمر أو الاذن، كأن يكتب على ذات صك الكمبيالة «ليست للاذن أو الأمر» طبقاً للمادة 167 من قانون التجارة الجديد، أو أية عبارة أخرى موازية لها. وإذا وقع مثل هذا الاشتراط، فإن الكمبيالة لا تنتقل بالطرق التجارية، وإنما تنتقل بطريقة الحوالة العادية للحقوق، وتخضع لآثارها كما حُدِّدَتْ في قانون الالتزامات والعقود، وخاصة المادة 195 التي نصت في فقرتها الأولى على أنه : «لا ينتقل الحق للمحال له تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغاً رسمياً أو بقبوله إيَّاها في محرر ثابت التاريخ...».

ويتبين من المبادئ والقواعد أعلاه، أن شرط الاذن -الذي يُعَبَّر عنه بشرط الاذن، أو شرط الأمر، وأية عبارة موازية أو مشابهة- سواء كان صريحاً أو ضمنياً هو الذي يجعل السفتجة تتداول بالطرق التجارية.

وهكذا تكون الكمبيالة في القانون المغربي :

3. وأكد هذا الاتجاه حسني عباس بقوله : «إذا لم يبين في الكمبيالة أنها لاذن المستفيد أو لحاملها، أو نص فيها على استبعاد شرط الأذن أو شرط الحامل، كان ينص في الكمبيالة على أنها غير قابلة للتداول، أو إذا نص على أنها لشخص معين كبكر مثلا، كانت الكمبيالة باطلة» الأوراق التجارية صفحة 10 و 43.

4. ويلاحظ أن الفقرة 6 من المادة 159 نصت على وجوب ذكر إسم الشخص الذي يجب أن يقع الوفاء له أو لأمره.

أ- كمبيالة للمستفيد أو لاذنه أو أمره.

ب- كمبيالة تظهر للحامل أو لاذنه أو أمره.

ويُعْتبر قانون التجارة الأردني من القوانين التي عرفت السفتجة والأوراق التجارية بصفة عامة (إلى جانب القانون العراقي المادة 39) إلا أن هذا القانون خرج عن المألوف، وسمى السند لأمر أو للاذن بكلمة كمبيالة وفقاً لما جاء في المادة 123 التي تعرف الأوراق التجارية بمايلي :

«الأوراق التجارية هي اسناد قابلة للتداول بمقتضى أحكام هذا القانون وتشتمل على مايلي :

أ- سند السحب، ويسمى أيضاً البوليصة أو السفتجة، وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، يتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو حامل السند، مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين.

ب- سند الأمر ويسمى أيضاً السند الاذني ومعروف بإسم الكمبيالة، وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين لأمر شخص آخر هو المستفيد أو حامل السند.

ج- الشيك هو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون مصرفاً هو المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك -وهو المستفيد- مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك.

د- السند لحامله أو القابل للانتقال بالتظهير، وقد تناول ذلك الباب الرابع، والباب الخامس من هذا الكتاب».

ثانيا : وظيفة السفتجة أو الكمبيالة : تدرجت وظيفة الكمبيالة بتدرج مراحل تاريخ الاقتصاد السياسي، والحركة التجارية، وعقلية رجال الأعمال، فكانت في أول أمرها أداة للصرف، أي أداة لنقل النقود وتحويلها، "Un instrument de transport d'argent"، ثم أصبحت في مرحلة ثانية أداة للوفاء بالديون "un instrument de paiement" وفي مرحلة ثالثة أداة للائتمان

"Un istrument de crédit"[5]، الوظيفة الرئيسية ركيزة أو دعامة عالم الأعمال "Le monde des affaires"، وهكذا كانت الكمبيالة، ولازالت أداة للصرف ونقل النقود والوفاء والائتمان.

أ- الكمبيالة أداة للصرف أو تحويل النقود ونقلها : كانت الكمبيالة في القديم اسمية، وكانت تستعمل في بداية الأمر في الأسواق الايطالية والفرنسية وغيرها أداة للصرف أو تحويل النقود وكذلك لنقلها، فالتاجر الايطالي الذي ينوي شراء بضاعة مثلا من تاجر يوجد بفرنسا كان يفضل كمبيالة بيده على حمل المبالغ الكبيرة من النقود، تفادياً لخطر الضياع أو السرقة، إذ كان يتقدم إلى أحد البنوك الذي يتعامل معه في مدينته الايطالية، ويودع لديه الثمن بالنقود المحلية على أن يقوم هذا البنك الأخير بإعطائه كمبيالة مسحوبة على بنك مراسل له في المدينة الفرنسية التي توجد بها البضاعة مقابل عملة وفوائد خاصة، وهكذا تقوم هذه الورقة بوظيفة مزدوجة : نقل النقود وصرفها، ولذلك كان يطلق على هذا الاتفاق عقد الصرف «CONTRAT DE CHANGE» لأن الوفاء يقع في دولة أخرى، وبعملة أو نقود أخرى.

ولازالت الكمبيالة تؤدي هذه الوظيفة الحيوية في الوقت الحاضر، وبشكل عاد ومتزايد، إذ يمكن للتاجر المغربي مثلا، أن يسحب كمبيالة على مدينه المصري بالجنيه وعلى المدين الأمريكي بالدولار، ويظهرها إلى بنكه الذي يدفع له المبلغ بالدرهم دون النقل المادي للنقود.

ب- الكمبيالة أداة للوفاء : ويقصد بالكمبيالة أداة وفاء، أن تحل محل النقود كوسيط في المعاملات -ولكن ليست نقوداً أو أوراقاً بنكية- ويتضح هذا الدور جلياً من الأمثلة التالية :

فإذا باع صاحب مصنع مثلا، مجموعة من البضائع لتاجر الجملة، تقدر بـ 50 ألف درهم، ثم اشترى بدوره من مورد كمية من المواد الأولية بالمبلغ نفسه، فإن الدفع في هذه الحالة يكون بإحدى الطريقتين :

1- بطريقة يمكن تسميتها في التجارة قديمة أو بدائية وإن زال العمل جارياً بها، وهي أن تاجر الجملة يدفع المبلغ المدين به إلى صاحب المصنع، وأن هذا الأخير يدفع بدوره المبلغ المدين به إلى المورد، أي أن الدفع يكون عن طريق عمليتين

---

5. راجع المرحوم الدكتور علي سلمان العبيدي، كتاب الأوراق التجارية في القانون العراقي الجزء الأول طبعة 1973-1974 صفحة 61 و62، وجوكلار وإبوليتو : المرجع السابق صفحة 468.

متميزتين.

2- وقد يتخذ الدفع طريقة أخرى يمكن أن نطلق عليها الطريقة التجارية الحديثة، وهي أن يسحب صاحب المصنع كمبيالة بمبلغ 50 ألف درهم على مدينه تاجر الجملة لفائدة دائنه المورد، وهكذا يتم الدفع بعملية واحدة بدلا من عمليتين أو ثلاث تنتقل فيها الورقة بدلا من النقود عن طريق التظهير أو المناولة اليدوية.

ج- الكمبيالة أداة للائتمان : ويقصد بالكمبيالة أداة للائتمان استعمالها كوسيلة لتأخير الوفاء إلى حين أو أجل، يكون عادة في التجارة أجلا قصيراً يسهل تداولها وخصمها، أي أن العملية تشكل نوعاً من القروض القصيرة الأجل يحل الأفراد فيها محل البنوك في كثير من الأحيان خلال أجل يتراوح مابين ثلاثين وتسعين يوماً، ولا يوجد مايمنع إطالة أو تقصير هذا الأجل.

ويعتبر الائتمان من أهم وظائف الكمبيالة اليوم خاصة بعد نمو وتطور عمليات التظهير، وظهور شرط أو بيان «الأمر أو الاذن» في القرن السابع عشر، وأن الائتمان روح التجارة وقلبها النابض فعندما نقول التجارة نقول الحركة والسرعة والثقة والائتمان[6].

ويكون من المفيد أيضاً لفهم هذه الوظيفة الأخيرة جيداً، أن نقدم المثال التالي عن الائتمان التجاري لضمان عمليات تجارية «Opérations commerciales» قد يبيع تاجر الجملة الغلل أو السلع لتاجر التجزئة بمبلغ 50 ألف درهم، ويشترط عليه هذا الأخير أن لا يكون الوفاء حالا، أي يطلب منه أو يفرض عليه أجلا مدته ستة أشهر مثلا، فإذا قبل تاجر الجملة، يكون قد وافق على منح تاجر التجزئة ائتماناً؛ ولكن قد يكون تاجر الجملة في حاجة ماسة بدوره إلى النقود لتجديد مشترياته من الشركات الصناعية، فيلجأ بدوره إلى طلب الائتمان، أي يطلب هو الآخر من الشركة صانعة البضاعة أو بائعة الغلل أجلا للوفاء يساوي الأجل الذي منحه بنفسه لتاجر التجزئة، وهكذا يسحب تاجر الجملة الذي نسميه الساحب «Tireur» كمبيالة أو سفتجة على مدينه تاجر التجزئة الذي نطلق عليه المسحوب عليه «Tiré» بمبلغ 50 ألف درهم، لفائدة الشركة الصناعية التي نسميها المستفيد «Bénéficiaire» واجبة الاستحقاق بعد ستة أشهر من تاريخ التحرير مثلا، وقد تحتاج هذه الشركة بدورها إلى النقود لتجديد مشترياتها من المواد الأولية، فتقوم هي الأخرى بنقل الحق الثابت في الكمبيالة عن طريق التظهير إذا كانت الكمبيالة إذنية، أو عن طريق المناولة اليدوية إن كانت

6. خاصة أن التجار بدأوا يستعملون في الصرف والوفاء أوراقاً أخرى أكثر شيوعاً كالشيكات البنكية والبريدية.

للحامل -الكمبيالة في القانون المغربي لا تنشأ للحامل ولكن يسوغ أن تظهر للحامل- وهكذا تنتقل الكمبيالة من يد إلى أخرى، إلى أن ينتهي أجل الائتمان أي الستة أشهر، أي حلول تاريخ الاستحقاق، بحيث يتقدم الحامل الأخير للكمبيالة إلى تاجر التجزئة المسحوب عليه لطلب المبلغ المستحق.

وقد تلجأ الشركة الصناعية إلى طريق الخصم[7]، أي أنها تظهر الكمبيالة إلى بنك يتعامل معها مقابل الحصول على المبلغ النقدي حالا، ناقص عمولة الخصم المستحقة عن دفع هذا المبلغ قبل تاريخ الاستحقاق، ويمكن لهذا البنك بدوره أن يخصمها لدى بنك آخر إن كان في حاجة إلى نقود، وخاصة لدى بنك المغرب وهو ما يعرف بإعادة الخصم.

وتعد عمليات الخصم من أهم العمليات المساعدة على نمو التجارة في الوقت الحاضر، حتى أن بتيرسان «Patterson» مؤسس بنك انجلترا -في القرن السابع عشر- دعا إلى تخصيص الأموال المودعة لدى البنوك لعمليات الائتمان القصير الأجل «Crédit à court terme» المتعلقة بخصم الكمبيالات، ورأى كثير من الفقهاء ورجال الأعمال في هذا التخصيص عملا عادياً، وغير مقلق أو مخيف، لأن التشريع الفرنسي كغيره من التشريعات يفتح للبنوك باب الخصم مرة ثانية -إعادة الخصم- لدى بنك فرنسا أي البنك المركزي للإصدار.

ولم تعد الكمبيالة اليوم أداة للائتمان التجاري فحسب، وإنما أصبحت كذلك أداة للائتمان المالي، أي أداة لتعبئة الاعتمادات المصرفية «Effet de mobilisation»، وبعبارة ثانية، أن الكمبيالة قد تكون ورقة تجارية، وقد تكون ورقة مالية صرفة «Papier financier» لتعبئة الائتمان المالي، وهو ائتمان غير مرتبط بالبضائع أو أداء الخدمات، وتظهر هذه الصورة في أن البنوك تقوم بتقديم القروض إلى الأشخاص، وتسحب على هؤلاء في المقابل كمبيالات بمبلغ القرض إلى أجل، قابلة للخصم.

ويتبين من التحليل أعلاه، أن كمبيالة الائتمان التجاري تنشأ خدمة أو تغطية لأغراض معاملات تجارية، ترد إما على السلع والبضائع، أو الأشغال، أو الخدمات؛

7. وقد عرفت المادة 526 من القانون الجديد الخصم بأنه عقد تلتزم بمقتضاه المؤسسة البنكية بأن تدفع للحامل قبل الأوان مقابل تفويته لها مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول يحل أجل دفعها في تاريخ معين على أن يلزم برد قيمتها إذا لم يف بها الملتزم الأصلي.
للمؤسسة البنكية مقابل الخصم فائدة وعمولة.

في حين أن الائتمان المالي يرد على عمليات مالية قد تنشأ بين البنوك وزبائنها، فالتاجر الذي في حاجة إلى قروض أو تسبيقات يقبل أن تسحب عليه كمبيالات تغطية لهذا الائتمان المالي.

ولا تؤثر هذه التفرقة بين مختلف وظائف الكمبيالة نهائياً على النظام القانوني الذي يحكمها.

ثالثاً : مميزات الكمبيالة : تخضع الكمبيالة إلى جانب المبادئ العامة، والقواعد القانونية التي تنظم الالتزام عامة، سواء كان التزاماً مدنياً أو تجارياً، لمبادئ وقواعد قانون الصرف «Droit de change»، تلك القواعد التي تجعلنا نصف الالتزام الناشئ عن الكمبيالة بالالتزام الصرفي تمييزاً له عن الالتزام العادي مدنياً كان أو تجارياً. وبعبارة أخرى، تتميز الأوراق التجارية عامة، والكمبيالة خاصة، بخصائص ومميزات يتكون منها ما يعرف بقانون الصرف أو الالتزام الصرفي وهذه الخصائص هي التالية :

1- الذاتية والحرفية والشكلية :

تتميز الكمبيالة بالذاتية «L'autonomie» وبالحرفية «Titre littéral» وبالشكلية «Formalisme».

ويقصد بالذاتية استقلال الكمبيالة وعدم ارتباطها بالالتزامات السابقة، إذ تقوم كالتزام صرفي قائم الذات بمجرد توفر الشكل الذي حدده القانون، والذي لا يوجد إلا بالوجود الحرفي لسائر البيانات التي يتطلب القانون توفرها لاعتبار السند كمبيالة.

وتخضع الكمبيالة فعلا لشكل دقيق وصارم (المادتان 159 و 160 من قانون التجارة الجديد)، لا يختلف في صياغته ودقته عن نسيج العنكبوت، حماية للالتزام الصرفي وضماناً لرواج الكمبيالة، خاصة ان الفعاليات الاقتصادية تعتمد على الكمبيالة ذات الشكل الموحد كأداة لتحريك الاقتصاد وتطوره ونموه، وتتوقف سلامة وصحة الكمبيالة على سلامة وصحة هذا الشكل، وعلى حرفية بياناته، فإن اندثر الشكل أو تخلف بيان من البيانات الالزامية مساً بالحرفية، كانت الكمبيالة باطلة ككمبيالة خاضعة لقانون الصرف، وتصبح مجرد التزام أو سند عاد يخضع للقانون العادي لا لقانون الصرف، وبعبارة ثانية، تتحول الكمبيالة الباطلة -إن لم تتحول إلى ورقة تجارية أخرى كالسند لأمر- إلى مجرد اعتراف بدين أو حجة عادية للاثبات

تخضع لقانون الالتزامات والعقود (خاصة المواد 418 إلى 433)، أو للقانون التجاري[8] -حسب طبيعة السند- وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأخيرة من المادة 160 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «تعتبر الكمبيالة التي تنقصها إحدى البيانات الالزامية، غير صحيحة، ولكنها قد تُعتبر سنداً عادياً لإثبات الدَّيْن، إذا توفرت شروط هذا السند»[9].

ويؤدي التوقيع دوراً جوهرياً وأساسياً داخل هذا الشكل، إلا أن وظيفته وطبيعته قد تختلف باختلاف موقعه أو مكانه، فإن وضع التوقيع على بياض على وجه أو صدر الكمبيالة «Recto» كان قبولاً «Acceptation» أو ضماناً احتياطياً «Aval» أو توقيعاً للساحب طبقاً للمادة 180 ف5 من قانون التجارة الجديد؛ أما إذا وضع التوقيع على بياض على الظهر «Verso» أو على وصلة «Allonge» كان تظهيراً «Endossement» طبقاً للمادة 167 ف8 .

2- استقلال التوقيعات :

لقد وضعت مبدأ استقلال التوقيعات المادة 164 من قانون التجارة الجديد لأسباب اقتصادية وتجارية وجيهة، تروم تحقيق أهداف كثيرة لا يمكن أن تحققها قواعد القانون العادي، تتجسد في حماية حسن نية المتعاملين بالأوراق التجارية عامة، وبالكمبيالة خاصة؛ وحماية للائتمان من المفاجآت، وهي أسباب ضمنت للكمبيالة الرواج والثقة، وجعلتها تؤدي دورها الاقتصادي والتجاري كاملا – دون التغاضي عن عوارض الأداء التي قد تفرضها ظروف المعاملات، خاصة بين الأطراف المدنية والتي وُضعَت لها كثير من الحلول تتناسب مع صرامة قانون الصرف – سواء تعلق الأمر بالائتمان أو الوفاء.

ويقصد باستقلال التوقيعات «Indépendance des signatures» استقلال التزام الموقع عن باقي توقيعات الملتزمين الآخرين الموضوعة على الكمبيالة أو على أي سند تجاري آخر، سواء كان السند الاذني أو الشيك أو غيرهما من الأوراق التجارية. ويفيد هذا المبدأ أن التزام الموقع على الكمبيالة التزام صرفي بارادة منفردة، ومستقل عن الالتزامات الصرفية الأخرى لباقي الموقعين على ذات الكمبيالة؛ وأن بطلان أو إبطال التزام أحد الموقعين على السند أو الكمبيالة لأسباب فيه، كانعدام الأهلية أو

8. لأن الكمبيالة الباطلة قد تتحول إلى سند تجاري أو مدني.

9. وهذه الفقرة جديدة، يتضمنها النص لأول مرة، تكريساً للاجتهاد القضائي القار محلياً ودولياً.

نقصانها، أو عدم مشروعية السبب أو التزوير أو غيرها من الأسباب، لا يؤثر على باقي الالتزامات الصحيحة الأخرى.

ولم يكن مبدأ استقلال التوقيعات هذا مبدأ قضائياً أو فقهياً فقط، وإنما أقره التشريع لأهميته، وتعطيلاً لقواعد القانون العادي التي لا تساير الحركة التجارية القائمة على السرعة والثقة والائتمان؛ وكان ذلك في المغرب بمقتضى المادة 164، التي وضعت هذا المبدأ وقدمت الأمثلة التوضيحية والتفسيرية اللازمة لتطبيقه، أمثلة جاءت على سبيل القياس لا الحصر وهي التالية :

1- إن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه[10]، ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقاً للقانون العادي (المادة 164 ف1)؛

2- إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها، أو توقيعات مزورة، أو توقيعات لأشخاص وهميين، أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها، أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تظل مع ذلك صحيحة (المادة 164 ف2)؛

3- من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه، التزم شخصياً بموجبها، فإن وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادعى النيابة عنه (المادة 164 ف3)؛

4- يسرى الحكم نفسه على من تجاوز حدود النيابة (المادة 164 ف4).

ويتبين من الفقرات أعلاه، أن توقيعات الكمبيالة إما ان تكون كلها باطلة فتبطل الكمبيالة؛ وإما أن تكون كلها صحيحة فتلزم سائر الموقعين عليها؛ وإما أن تتضمن الكمبيالة توقيعات بعضها باطل لأن التوقيع لقاصر غير تاجر أو مزور، أو لأشخاص وهميين، والبعض الآخر صحيح، فيقتصر البطلان في هذه الحالة على توقيع القاصر غير تاجر، أو التوقيع المزور أو الوهمي، أما التزامات الموقعين الآخرين الصحيحة فتظل قائمة وصحيحة (المادة 164 ف1 و ف2) وهو مايعرف باستقلال التوقيعات.

وينبغي إعطاء المادة 164 تأويلا واسعاً، لا يقتصر على توقيعات القصر غير التجار، أو التوقيعات المزورة أو الوهمية، بل يشمل كل توقيع باطل لأي سبب آخر،

10. أما الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر تاجر فهي صحيحة لتمتعه بالأهلية التجارية : راجع موضوع الأهلية ضمن الشروط الموضوعية صفحة 45 إلى 51 من هذا الكتاب.

أي كل التوقيعات التي ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها، أو الأشخاص الذين وُقِّعَت باسمهم (المادة 164 ف2)، إما لعيب في الرضاء أو لعدم مشروعية السبب –مع مراعاة مبدأ التجريد الذي سيأتي بعده– أو غيرهما من اسباب البطلان أو الإبطال، وليشمل أيضاً كل الموقعين على الكمبيالة من ساحب ومسحوب عليه ومظهر وضامن احتياطي وغيرهم، وليغطي هذا التأويل كذلك كل الأوراق أو السندات التجارية[11]، سواء المتعلقة منها بالائتمان والوفاء أو المتعلقة بالوفاء فقط.

وقضى المجلس الأعلى تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات –قرار عدد 237– بتاريخ 1 غشت 1980، بمايلي:

1- إن جميع الموقعين على الكمبيالة بما في ذلك الساحب والمظهرين والضامنين والمسحوب عليه القابل يلتزمون كلهم بالتضامن نحو الحامل لها، لأن التوقيع على الكمبيالة ينشئ للحامل حقاً مجرداً ناتجاً عن الكمبيالة ذاتها، ومستقلاً عن العلاقات الشخصية التي تربط الموقعين عليها، وذلك قصد تمكينها من أداء وظيفتها في ميدان التداول.

2- تطبيقاً لقاعدة «تطهير الدفوع» أو «عدم التمسك بالدفوع»، فإن الأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة، لايسوغ لهم أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية مع الساحب أو مع الحملة السابقين، ماعدا إذا تعمد الاضرار بالمدين[11(2)].

3- الضمان الصرفي «La garantie cambiaire» أو التضامن الصرفي «La solidarité cambiaire» :

تتميز الكمبيالة، وباقي سندات الائتمان والوفاء الأخرى، بخاصية هامة ومهمة تعزز التعامل بالكمبيالة، وتسهل تداولها وانتقالها بديلا للنقود، وتعزز الثقة فيها وهي الضمان الصرفي أو التضامن الصرفي.

ويقصد بالضمان الصرفي أو التضامن الصرفي التزام جميع الموقعين على الكمبيالة من ساحبين وقابلين لها ومظهرين وضامنين احتياطيين بالوفاء بمبلغها على

11. مع ما في ذلك من خلاف : سيتبين فيما بعد.

11(2). الغرفة الإدارية ملف عدد 47922، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق في الرباط، العدد 15 سنة 1984، صفحة 132 .

وجه التضامن في تاريخ الاستحقاق للحامل (المادة 201 ف1 من قانون التجارة الجديد)، ويحق للحامل عند التقاعس أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزماً باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم (المادة 201 ف2).

ولايقتصر الضمان الصرفي أو التضامن الصرفي على الوفاء فقط، بل يشمل كذلك القبول، إلا أن مدى هذا الضمان، وحتميته، وارتباطه بالنظام العام، يختلف باختلاف أطراف العلاقة؛ وباختلاف ما إذا كان هذا الطرف ساحباً أو مظهراً أو ضامناً احتياطياً أو مسحوباً عليه.

إن الساحب ضامن للقبول والوفاء (المادة 165 ف1) ولكن ضمان الوفاء وحده يعد من النظام العام، وبعبارة ثانية فللساحب أن يعفي نفسه من ضمان القبول، ولكن يعد لاغياً كل شرط يقضي بإعفائه من ضمان الوفاء[12] (المادة 165 ف2 من قانون التجارة الجديد)، أما ضمان المظهر فليس من النظام العام، سواء تعلق بالقبول أو الوفاء، وبعبارة النص، يضمن المظهر القبول والوفاء مالم يرد شرط بخلاف ذلك (المادة 169 ف1 من قانون التجارة الجديد)؛ أما ضمان المسحوب عليه القابل للكمبيالة والضامن الاحتياطي، فيستحيل اعفاؤهما منه؛ فالمسحوب عليه يلتزم بمجرد القبول بوفاء الكمبيالة عند تاريخ الاستحقاق (المادة 178 ف1 من قانون التجارة) لأن بتوقيعه بالقبول يصبح المدين الرئيسي من الدرجة الأولى وكذا الضامن الاحتياطي (المادة 180 ف1 من قانون التجارة الجديد)، وإن كان يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون (المادة 180 ف7).

ويختلف نظام الضمان الصرفي أو التضامن الصرفي عن نظام استقلال التوقيعات اختلافا جوهريا[13] فالثاني يتعلق بصحة الالتزامات الصرفية وبطلانها، والأول بضمان الوفاء بها على وجه التضامن ؛ والذي لا يمكن أن يتأتى أو يقع إلا إذا كانت هذه الالتزامات الصرفية صحيحة، مما يدفع إلى القول ؛ بأن صحة الالتزام الصرفي سابقة عن ضمان الوفاء به ؛ أو أن استقلال التوقيعات سابق عن الضمان أو التضامن الصرفي.

12. لان الساحب منشئ للكمبيالة والمدين الرئيسي فيها قبل قبولها من طرف المسحوب عليه، إلا أن قبول المسحوب عليه لايحله من ضمان الوفاء الذي هو من النظام العام.

13. إلا أن هذا الاختلاف لا يجعل منهما نظامين متعارضين، بل نظامين يكمل بعضهما البعض، راجع جانتان: المرجع السابق صفحة 130 ف 146.

4- تعد الكمبيالة ورقة تجارية، والالتزام الصرفي الناشئ عنها التزاماً تجارياً أيا كان المتعاملون بها، وكيفما كانت طبيعة الديون المُؤتَمَنُ عليها، أو الواجب الوفاء بها، أي أنها من الأعمال التجارية المطلقة والمنفردة.

وقد جسدت هذه الميزة أو الخاصية المادة 9 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها :

يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و7 : الكمبيالة.

ويعتبر توقيع الساحب والمسحوب عليه والمظهر والضامن الاحتياطي، تبعا لذلك عملا تجاريا شكليا، ولو لم يمارس هؤلاء الموقعون أنشطة أو أعمالا تجارية، وبمعنى آخر، ولو وُضِع التوقيع تنفيذاً أو وفاء للتزامات وأنشطة مدنية.

5- اندماج الحق في الورقة، وضرورة الصك أو السند لوجود الالتزام ذاته :

ويقصد بهذا المبدأ أن الكمبيالة صك أو سند يُحرر كتابة وفقا للبيانات الالزامية (الشكل الذي حدده القانون)، وبعبارة ثانية، يترتب على توفرهما وجود الحق أو الالتزام الصرفي، و أن السند المكتوب وفقا للشكل الذي يتطلبه القانون، ضروري لوجود الحق ذاته؛ وأن هذه الكتابة ليست أداة إثبات فقط، بل هي أداة وجود يترتب على تخلفها بطلان الكمبيالة ذاتها، وبالتالي الالتزام الصرفي.

إن الكتابة والبيانات واندماجهما لتحديد شكل التصرف أو السند الضروري لوجود الحق ذاته، أو الالتزام الصرفي، ليس من خصائص الكمبيالة وحدها (المادتان 159 و 160 من قانون التجارة) بل يُتطلب في سائر سندات الائتمان والوفاء، خاصة السند الاذني أو لأمر (المادتان 232 و 233 من قانون التجارة الجديد) والشيك (المادتان 239 و 240 من قانون التجارة الجديد).

6- التجريد :

تتميز الكمبيالة، والالتزام الصرفي بصفة عامة، بالتجريد «Caractère abstrait».

ويقصد بالتجريد نشأة الكمبيالة، -أو الالتزام الصرفي- بعيدة أو مستقلة عن السبب؛ فَتُعتبر صحيحة إن توفر الشكل الذي حدده القانون ولو لم تستند إلى سبب اعمالا لنظرية الظاهر «La théorie de l'apparence»، أو المظهر الخادع يحمي المخدوع.

وبدأ الفقه على ضوء هذه النظرية الألمانية يفرق بين نوعين من التصرفات : التصرف المجرد والتصرف المُسَبَّب، وتدخل في خانة التصرفات المجردة سائر الالتزامات الصرفية من كمبيالة وسند لأمر وشيك وغيرها من السندات المشابهة؛ سندات كان لها الفضل في تأسيس وشيوع نظرية التصرف المجرد.

ولا يأخذ القانون العادي أو القانون المدني المغربي (قانون الالتزامات والعقود) في الأصل بفكرة التصرف المجرد، بل جعل هذا القانون التصرف المسبب هو أساس وجوهر المعاملات ومن النظام العام، ويترتب على تخلف السبب أو عدم مشروعيته البطلان المطلق (وفقاً للمواد من 62 إلى 66 والمادة 306) وهو ما أكدته بوضوح المادة 62 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها :

«الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن: يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون».

ولكن جدار نظرية التصرف المسبب تحطم جزئياً وليس كلياً، عندما فتحت اتفاقية جنيف للقانون الموحد المنظمة للأوراق التجارية نافذة، ولو ضيقة، تسربت منها النظرية الألمانية أو نظرية التصرف المجرد التي تحكم خاصة الأوراق التجارية، وبعبارة أخرى، إن نظرية التصرف المجرد –أو التجريد– يؤخذ بها استثناء في التشريع المغربي خاصة في مجال الأوراق التجارية. وينبني التجريد الذي تتميز به الكمبيالة على نصوص من قانون الصرف نذكر منها :

1- في مجال التظهير، المادة 171 من قانون التجارة الجديد[14] التي نصت على أنه : «لايجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين مالم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين».

2- في مجال الضمان الاحتياطي، مانصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 180 من القانون الجديد : «يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام المضمون باطلاً لأي سبب كان غير عيب في الشكل».

ولا يقتصر التجريد على الكمبيالة، بل يشمل مفعوله السند لأمر كذلك، تطبيقاً للمادة 234 التي تجعل هذا السند يخضع لمواد التظهير ومن بينها المادة 171؛

14. تقابل المادة 139 من القانون القديم.

والمادة 236 التي تطبق على السند لأمر الاحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي (المادة 180 السابقة)، ويمتد أثر التجريد أيضاً إلى الشيك طبقاً للمادة 261 –المماثلة للمادة 171– من مواد التظهير، والمادة 266 –المماثلة للمادة 180– من مواد الضمان الاحتياطي.

ويجعل التجريد الكمبيالة –وغيرها من الأوراق التجارية– تُتَداول بعيدة عن السبب الذي أنشئت من أجله، أي أنها تستمد قوتها التنفيذية من ذاتها ومن قانون الصرف[15]، ولا توقف هذه القوة التنفيذية الدفوع الناشئة عن العلاقة الأصلية، والتي غالباً ماتكون مجهولة ومعقدة بالنسبة لباقي الموقعين عليها، أي أن الكمبيالة تعتبر في تداولها بديلا للنقود.

ولاتُنتج فكرة التجريد هذا الأثر إلا بين الأشخاص الذين لم يحصل بينهم اتفاق مباشر، شريطة أن يكونوا حسني النية، أي الذين يجمع بينهم السند فحسب نتيجة لتداوله؛ أما الذين يرتبطون بعلاقات تعاقدية مباشرة، فلا ينتفعون من مبدأ التجريد، أي أن السبب يُنتج أثره الوقائي بالنسبة إليهم، وقد علق فيفانتي على هذه المزية بقوله : «يلاحظ جيداً أن هذه الالتزامات المجردة، لاتعتبر كذلك إلا من حيث تداولها، أي حيث تجمع شخصين، لم يحصل بينهما تعاقد ولا يربطهما إلا السند وحده، أما في العلاقة بين الحائزين المتتابعين الذين تربطهم علاقة تعاقدية، فالسبب ينتج أثره الوقائي بالنسبة للمدين، وفقاً للقانون العام، الذي يمد المدين بالدفوع الشخصية التي لايحظرها القانون الصرفي»[16].

وقضت محاكم الرباط – تطبيقاً لهذه القاعدة التي كان منصوصاً عليها في المادة 139 من قانون التجارة القديم التي تقابلها اليوم المادة 171، –بتأريخ 9 دجنبر 1952، بأن الحامل الأول للسفتجة أو الكمبيالة يملك بالرغم من أنه أول حامل كامل الصفة لاثارة قاعدة عدم السريان المنصوص عليها في الفصل 139 تجاري[17].

وتضع هذه المادة، الخاصة بنظرية عدم سريان الدفوع «L'inopposabilité des exceptions»، وضمنها الدفع بانعدام السبب أو عدم مشروعيته، شرطين أساسيين هما :

15. نسبة إلى وظيفتها التاريخية الأولى أي أن الكمبيالة أداة للصرف.

16. الدكتور أبو عافية : التصرف القانوني المجرد طبعة 1958 صفحة 231 .

17. المجلة المغربية للقانون الصادرة بتاريخ 1 يونيو 1953، صفحة 259، وكذلك جيريس كلاسور المغربي، ضمن الاجتهادات الواردة مباشرة بعد المجموعة التجارية.

1- ألا يربط بين أشخاص الكمبيالة المعنيين اتفاق مباشر، أما إذا كان بينهم اتفاق مباشر فيتعطل التجريد، فإذا كان الساحب الذي أنشأ الكمبيالة هو المطالب بالوفاء، كان للمسحوب عليه أن يحتج عليه في هذه الحالة بالدفوع الشخصية، لأن التجريد ابتُدِع لتسهيل تداول أو انتقال الكمبيالة، وما يجري على الساحب يصدق بالنسبة للمستفيد تجاه الساحب، والمظهر إليه تجاه المظهر.

2- حسن النية، اما سوء النية فيعطل التجريد.

وقد دفع شرط حسن النية هذا بعض الفقه إلى وصف فكرة التجريد بالتناقض، إذ هي تعتبر الالتزام الصرفي التزاما مجردا، ثم تعود فتفتح باب الاحتجاج بالدفوع على الحامل السيء النية، وبعبارتهم أن مقتضى التجريد يجب أن يكون في مواجهة الكافة دون تفرقة بين الحامل الحسن النية والحامل السيء النية[18]، ولكن الفقه الألماني رد هذا النقد على أساس أن للالتزام الصرفي طبيعة مزدوجة، إذ هو التزام مجرد بالنسبة للحامل الحسن النية، ومقيد بالنسبة للحامل السيء النية، وجاء تبرير هذا الرد على لسان أمين محمد بدر الذي يرى «أن للمدين الذي يضطر إلى الوفاء للحامل السيء النية، أن يرجع عليه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة غش الحامل الذي كان على بينة من العيب الذي يفسد الالتزام أو السبب الذي ينهيه، فبدلا من اضطرار المدين إلى الوفاء أولا، ثم الرجرع على الحامل السيء النية بدعوى الغش، سمح له ابتداء بالاحتجاج على مثل هذا الحامل بما لديه من دفوع تبطل الالتزام أو تنهيه»[19].

ويلاحظ أن فيفانتي لم يتكلم عن «التجريد» أثناء تناوله لمميزات سندات الائتمان أو الأوراق التجارية، ذلك لأن غالبية الفقه الألماني والإيطالي لا تعترف بهذه الخاصية أو الميزة لسائر سندات الائتمان، وإنما تخص بها بعضها فحسب، كما هو الشأن في الكمبيالة، وقد جاء في ملخص فيفانتي –الذي لم يتكلم فيه عن التجريد– لمميزات سندات الائتمان بصفة عامة مايلي : «سند الائتمان هو وثيقة ضرورية «Nécessaire» لاستعمال حق حرفي «Littéral» وقائم بذاته «Autonome» ثابت فيه، ويُقال إن الحق المذكور في السند «حرفي» لأنه يوجد وفقا لنص الوثيقة، ويقال أنه قائم «بذاته» لأن الحائز الحسن النية يباشر حقاً خاصاً لايتقيد ولا ينعدم بالعلاقات

18. راجع أمين محمد بدر : الأوراق التجارية في التشريع المصري، الطبعة الثانية، سنة 1954، صفحة 346 .

19. المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

السابقة بين المدين والحائزين السابقين، ويُقال إن الوثيقة ضرورية لمباشرة الحق لأنه مادام السند موجوداً، فيجب على الدائن أن يبرزه، لمباشرة كل حق ثابت فيه سواء كان حقاً أصلياً أم تبعياً، ولأنه لا يمكن إجراء تعديل في أثر السند دون أن ينص عليه فيه»[20].

7- قابلية الكمبيالة ككل الأوراق التجارية للتداول بالطرق التجارية :

تنتقل الكمبيالة إن كانت اذنية أو أمرية عن طريق التظهير[21]وتنتقل إن ظُهرت للحامل أو على بياض عن طريق المناولة اليدوية.

وتختلف طرق التداول التجاري، أو انتقال الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية عن حوالة الحقوق المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود (المادة 195 ومايليها) وتتجلى أوجه الخلاف في :

أ- لا تسري حوالة الحقوق المدنية تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغاً رسمياً أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ (المادة 195)، بينما تنص الفقرة الأولى من المادة 167 من قانون التجارة الجديد أن كل كمبيالة قابلة للانتقال بطريقة التظهير[22] ولو لم تكن مسحوبة للأمر صراحة.

ب- لا يضمن المحيل للمحال له وجود الحق حتى وقت الحوالة إلا إذا كانت الحوالة بعوض[23]، أما إذا كانت بغير عوض فلا يسأل سوى عن تدليسه (المادة 203)، في حين أن مظهر الكمبيالة ضامن للقبول والوفاء مالم يرد شرط يخالف ذلك،

20. الدكتور أبو العافية : التصرف القانوني المجرد، طبعة 1948، صفحة 231 .

21. راجع المواد من 167 إلى 174 من قانون التجارة الجديد.

22. وسوف ندرس التظهير، وآثاره وأنواعه.

23. وقد نصت على ذلك المدة 203 من قانون الالتزامات والعقود، التي جاء فيها «من أحال بعوض دينا أو أي حق معنوي آخر يلتزم بأن يضمن :

1- كونه دائنا أو صاحب حق.

2- وجود الدين أو الحق وقت الحوالة.

3- حقه في التصرف فيه.

وكل هذا ولو حصلت الحوالة بغير ضمان.

وهو يضمن أيضاً وجود التوابع، كالامتيازات وغيرها من الحقوق التي كانت مرتبطة بالدين أو بالحق المحال في وقت الحوالة، مالم تكن قد استثنيت صراحة.

ومن أحال بدون عوض لا يضمن حتى وجود الدين أو الحق المحال وإنما يكون مسؤولا عما يترتب على تدليسه».

(المادة 169 من قانون التجارة الجديد)، ويضمن ساحبها القبول والوفاء، وإذا كان يجوز له أن يتحلل من ضمان القبول، فلا يسوغ له أن يتحلل من ضمان الوفاء أبداً (المادة 165 من قانون التجارة الجديد).

ج- لا يضمن المحيل للمحال له يسر أو يسار المدين إلا إذا كان قد أحال دينا على شخص كان معسرا عند إبرام الحوالة (المادة 204 من قانون الالتزامات والعقود) بينما يضمن ساحب ومظهر الكمبيالة الوفاء (المادتان 165 و 169 من قانون التجارة الجديد) بمبلغها في تاريخ الاستحقاق بصرف النظر عما إذا كان المسحوب عليه معسرا أو موسرا وقت السحب أو الاصدار.

د- إذا كان تظهير الكمبيالة يطهرها من الدفوع الشخصية (المادة 171 من قانون التجارة الجديد)، فإن المدين في حوالة الحق يجوز له أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان يمكنه التسمك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائماً عند حصول الحوالة أو عند تبليغها (المادة 207 من قانون الالتزامات والعقود).

ولا تعتبر قاعدة تداول الكمبيالة، وباقي الأوراق التجارية، بالطرق التجارية -التظهير، والمناولة اليدوية- من النظام العام، بل يجوز أن ينص أو يتفق على خلاف ذلك. كأن تتضمن الكمبيالة مثلا عبارة «ليست للأمر» أو أية عبارة أخرى موازية لها، فإن وقع ذلك، أصبحت هذه الكمبيالة غير قابلة للانتقال إلا بطريقة الحوالة العادية وآثارها (الفقرة الثانية من المادة 167 من قانون التجارة الجديد).

ولا يقتصر التداول على الأوراق التجارية وحدها، بل امتد إلى كثير من السندات التجارية الأخرى -غير الكمبيالة والسند الاذني، والشيك وسند رهن البضاعة- والسندات المدنية التي قد يكون موضوعها دفع مبلغ من النقود أو تسليم بضاعة، كما هو الشأن في وثيقة التأمين، التي يمكن أن تكون إسمية أو للأمر أو للحامل، والتي تنتقل بالتظهير إن كانت للأمر، وبالمناولة إن كانت للحامل، ويمكن أن تظهر على بياض (الفصل 10 من القرار الوزاري المؤرخ في 20 شعبان 1353 الموافق 28 نوفمبر 1934). وسندات القرض العقاري «Des prêts hypothécaires» في فرنسا، وشهادة الخزن أو الايداع ووثيقة الرهن «Le warrant» (المادة 342 إلى 355 من قانون التجارة الجديد) وغيرها من الأوراق. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 185 من قانون التجارة العراقي الجديد على ذلك بقولها «أولا إذا أنشئت ورقة بمناسبة عملية تجارية، وكان محلها أداء مبلغ من النقود أو تسليم بضائع جاز تداول هذه

الورقة بطريقة التظهير إذا كانت لأمر الدائن وبالمناولة إن كانت لحاملها ...»

ومانصت عليه كذلك المادة 1145 من القانون السويسوي، الذي يعتبر سنداً للأمر كل ورقة أو صك تحمل شرط الاذن أو الأمر أو اعتبرت كذلك بنص القانون « Est considéré comme titre à ordre tout papier-valeur crée avec la clause à ordre ou déclaré tel par loi »

وما نصت عليه كذلك المادة 282 من قانون التجارة الأردني التي جاء فيها :

«1- كل سند يلتزم به موقعه تسليم مبلغ من المال أو كمية من المثليات في محل وفي وقت معينين، يجوز انتقاله بطريقة التظهير إذا كان منشأ على وجه صريح بعبارة الأمر.

2- ويكون التظهير خاضعاً لأحكام المادة 141 ومايليها المختصة بتظهير الكمبيالة مالم يكن في القانون أو في السند أحكام مخالفة.

3- وليس للمدين أن يحتج بأسباب الدفع غير الأسباب الناشئة عن السند نفسه، والأسباب التي يملكها مباشرة ضد المدعي، إلا إذا كان المدعي سيء النية.

4- ولا يجبر على الوفاء إلا مقابل تسليم سند الأمر مشتملا على ذكر الايصال».

8- لا يترتب على إنشاء أو سحب الكمبيالة -وجميع الأوراق التجارية- تجديد الالتزام الأصلي «Novation»، بل على العكس يبقى الالتزام الأصلي السابق قائماً محتفظاً بذاته وطبيعته، وبعبارة ثانية أن الالتزام الصرفي مستقل عن الالتزام الأصلي ولا يعتبر تجديداً له، لأن التجديد من أسباب انقضاء الالتزام (المادة 319 من قانون الالتزامات والعقود).

ولا تقبل هذه القاعدة أي جدل، يسايرها ويؤيدها الرأي الغالب في الفقه والقضاء، ومثله ما قضت به محكمة الاستئناف المصرية في 27 أبريل 1932، إذ جاء في حكمها : «تحرير السند الاذني وفاء لدين لا يتضمن في ذاته تجديد هذا الدين»[24]، فلا يعتبر إصدار السند إلا وسيلة لتسهيل عملية الوفاء، وعلى ذلك

24. عالجت التجديد المواد من 347 إلى 357 من قانون الالتزامات والعقود، ونصت المادة 347 على أن «التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله، والتجديد لا يُفْترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه». ونصت المادة 356 ق.ل.ع. على أنه : «بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائياً، إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحاً ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد، بيد أنه إذا كان الالتزام الجديد معلقاً على شرط واقف، فإن أثر التجديد يتوقف على تحقيق الشرط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط اعتبر التجديد كأن لم يكن».

فللدائن أن يطالب بحقوقه إما بمقتضى سنده الأصلي، وعندئذ يتعين عليه أن يسلم السندات الاذنية التي تحررت للمدين عند حصوله على الوفاء، وإما بمقتضى هذه السندات الاذنية ذاتها، ولاينقضي دينه الأصلي عندئذ إلا إذا تم الوفاء بهذه السندات»[25].

ويعتبر هذا القضاء الجديد تصحيحاً للقضاء الخاطئ، الذي سبق أن حكمت به محكمة الاستئناف المختلط بتاريخ 11 أبريل 1917، الذي تعتبر فيه الالتزام الصرفي -إنشاء الكمبيالة أو أية ورقة تجارية- تجديداً، إذ جاء في حكمها : «إذا حرر تاجر كمبيالة أو سنداً اذنيا وفاء لدين عليه، مهما كانت طبيعة هذا الدين، فإنه يترتب على ذلك انقضاء هذا الدين بالتجديد، فيحل محله دين آخر من طبيعة تجارية، وتخضع الدعاوى التي تنشأ عن هذا الدين الجديد للتقادم الخُمسي المنصوص عليه في المادة 201 من قانون التجارة المختلط»[26].

وأخذ القانون العراقي القديم بالنظرية القائلة بعدم التجديد صراحة في المادة 565 التي نصت «لا يترتب على قبول الدائن تسلم ورقة تجارية وفاء لدينه تجديد هذا الدين، إلا إذا تبين بوضوح اتجاه قصد المتعاقدين إلى إحداث التجديد».

ولقد حافظ القانون العراقي الجديد على المبدأ ذاته في المادة 184، وأخذ بالنظرية نفسها كذلك قانون التجارة الأردني في المادة 283 التي جاء فيها : «إذا سلم على سبيل إيفاء الدين سند سحب أو سند للأمر أو غيرهما من الاسناد القابلة للتظهير، فلا يعد ذلك تجديداً للتعاقد مالم تكن إدارة الطرفين تفيد العكس».

وقد أخذ القضاء المغربي بالفكرة نفسها كما يظهر ذلك جليا في قضاء المجلس الأعلى بتاريخ 29 يونيو 1960، الذي جاء فيه : «إن تجديد الدين لا يفترض بل لابد من التصريح بإرادة التجديد، وعليه فإن تسليم التاجر المشتري للبائع أوراقاً تجارية ليس إلا مجرد وسيلة أداء لا تفرض بحد ذاتها أن الطرفين قصدا انقضاء الدين القديم بحيث يفقد الدائن الحق بالتمسك به»[27].

25. جاء هذا الحكم في كتاب أمين بدر المشار إليه سابقاً صفحة 350 .
26. جاء هذا الحكم في كتاب أمين بدر المشار إليه سابقاً صفحة 350 .
27. حكم عدد 290، نشر في مجلة القضاء والقانون، العدد 33 السنة الرابعة، نوفمبر 1960 صفحة 110 .

وعلق الدكتور علي سلمان العبيدي على فكرة أو قاعدة بقاء الالتزام القديم وعدم تجديده من خلال القضاء الفرنسي بأن «المحاكم الفرنسية تسمح للدائن بمقتضى العلاقة الأصلية السابقة للالتزام الصرفي، أن يقيم الدعوى مطالباً بدينه القديم عندما ينقضي الدين الصرفي الناجم عن الورقة التجارية التي تسلمها وذلك بالسقوط نتيجة للإهمال أو التقادم، وهذا يعني أن الدين القديم لا يسقط بمجرد اندماجه في الورقة التجارية... وأن محكمة النقض الفرنسية أكدت ثلاث مرات في عام 1850 وعام 1900 وعام 1945 بأن تحرير ورقة تجارية لا يؤدي إلى تجديد الالتزام الأصلي، وعندما تسقط الدعوى الصرفية بالتقادم، فإن الدعوى الناشئة عن العقد الأصلي تبقى قائمة، ولا تخضع إلا للتقادم الاعتيادي وفقا للشريعة العامة[28]».

وخلاصة القول، أن إنشاء الكمبيالة أو الالتزام الصرفي لا يعد تجديدا للالتزام العادي أو الأصلي، أي العلاقة السابقة عن نشأة الكمبيالة، وإنما يبقى هذا الأخير قائماً ومستقلاً إلى جانب الالتزام الصرفي، وللدائن أن يطالب بحقه إما بمقتضى الورقة التجارية -الالتزام الصرفي- أو بمقتضى الالتزام الأصلي أو العادي، كما يسوغ له، عند الاقتضاء أو الضرورة، أن يرجع إلى السند الأصلي للمطالبة بحقوقه ان سقطت الدعوى الصرفية بالتقادم أو الاهمال أو البطلان أو غيرها من الأسباب التي قد تعطل آلية أو دعوى الرجوع الصرفية.

وإذا كان التشريع المغربي الجديد كالقديم قد أهمل تجسيد هذه القاعدة بنص خاص يزيل كل لُبْسٍ فإنه على عكس ذلك جسَّد هذه القاعدة في مادة الشيك الذي هو أداة للوفاء وذلك في المادة 305 من قانون التجارة الجديد، التي يُعَمَّم أثرها قياساً على كل أدوات الائتمان والوفاء، وخاصة المنظمة منها كالكمبيالة والسند لأمر، حيث جاء في المادة السابقة مايلي : «لا يتجدد الدين بقبول الدائن تسلم شيك وفاء لدينه؛ ويبقى الدين الأصلي قائماً بكل ماله من ضمانات مرتبطة به إلى أن يقع الوفاء بالشيك المذكور».

28. المرجع السابق صفحة 16 و 17 فقرة 11.

9- يقتصر موضوع الكمبيالة -وكل الأوراق التجارية - أو محلها على الأمر الناجز[29] **بدفع مبلغ معين من النقود (الفقرة 2 من المادة 159 من قانون التجارة الجديد)**، وهذا ما يميزها من جهة عن شهادة ايداع البضائع في المخازن العمومية «Récépissés»، إذ يكون موضوع هذه الورقة الأخيرة دفع بضاعة، وعن وثيقة التأمين من جهة أخرى، لأن أداء المبلغ معلق على شرط وقوع الحادثة، وبعبارة ثانية، ان موضوع الكمبيالة وسائر الأوراق التجارية لايكون إلا مبلغا من النقود، وإن لم يكن نقوداً، فإن كان الموضوع بضاعة كانت الكمبيالة باطلة.

29. أي غير معلق على شرط.

الفصل الثاني

شروط الكمبيالة الموضوعية والشكلية

تتنازع طبيعة الالتزام الصرفي الناشئ عن تحرير السُّفْتجة أو الكمبيالة نظريتان :

أ- النظرية الفرنسية التي تربط الالتزام الصرفي الناشئ عن الكمبيالة بالعلاقات السابقة عن تحرير هذه الورقة التجارية، أي الالتزام الأصلي، ويرتكز تفسير هذا الارتباط، في ظل هذه النظرية، على بعض قواعد ومبادئ القانون المدني، إذ تبنت هذه النظرية في أول الأمر فكرة التجديد[1] «La novation»، إلا أن هذه الفكرة تصطدم مع القاعدة الثابتة فقها وقضاء، والتي تقضي ببقاء الالتزام القديم وعدم تجديده، وبتضامن جميع الموقعين على الكمبيالة.

وانتقل التفكير بعد فشل نظرية التجديد إلى نظرية الانابة[2] «La délégation»، إلا أن هذه النظرية اصطدمت بدورها بفكرة عدم سريان الدفوع، أو أن التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع[3] وبفكرة تضامن جميع الموقعين على الكمبيالة[4].

1. ويعتبر التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزامات التي عالجها قانون الالتزامات والعقود المغربي في القسم السادس، إذ نصت المادة 347 على أنه : «التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله، والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه». والمادة 356 على أنه : «بالتجديد ينقضي الالتزام القديم نهائياً، إذا كان الالتزام الجديد الذي حل محله صحيحا ولو لم يقع تنفيذ الالتزام الجديد. بيد أنه إذا كان الالتزام الجديد معلقا على شرط واقف، فإن اثر التجديد يتوقف على تحقيق الشرط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط اعتبر التجديد كان لم يكن».
وهذا يتنافى مع اعتبار بقاء الالتزام القديم وعدم تجديده الذي يعد من مميزات الأوراق التجارية والكمبيالة خاصة.
2. ونصت المادة 217 من ق.ل.ع. على الانابة بأن : «الانابة تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو، وفاء لما هو مستحق عليه له. وتكون الانابة أيضا في تصرف من يكلف أحدا من الغير بالوفاء عنه ولو لم يكن هذا الغير مدينا لمن وكله على الوفاء».
3. ونصت المادة 222 من ق.ل.ع. «يجوز للمدين المناب أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد، بكل الوسائل والدفوع التي كان يمكنه أن يحتج بها في مواجهة الدائن المنيب، ولو كانت تتعلق شخصياً بهذا الأخير». وتتعارض هذه المادة مع خصائص الكمبيالة التي تقوم على عدم سريان الدفوع.
4. وتتعارض هذه القاعدة مع المادة 223 من ق.ل.ع. التي تنص على أن : «الإنابة الصحيحة تبرئ ذمة المنيب، ما لم يشترط غير ذلك، وباستثناء الحالات المذكورة في المادة التالية».

ووقع التحول بعد ظهور قصور فكرة الانابة لتفسير نشأة الالتزام الصرفي إلى القول بالانابة الناقصة «La délégation imparfaite».

ويرى جانتان أن التأويل الأكثر إقناعا هو الإنابة، التي اقترحها تالير "thaler"، وان كانت انابة ناقصة، فساحب الكمبيالة ينيب مدينه المسحوب عليه لدى المستفيد، والمظهر لدى المظهر إليه في سلسلة التداول، آخذا شكل الأمر الذي يعطيه المُنيب إلى المناب [5]«le délégant du délégués».

ولا تستطيع نظريات قانون الالتزام العادي (قانون الالتزامات والعقود) أن تفسر أو تبرر نشأة الالتزام الصرفي. لذلك كان لا مفر من البحث عن نظريات جديدة خارج هذا النطاق اللاتيني.

ب- النظرية الجرمانية - الإيطالية، التي نميل إليها، وترتكز على استقلال الالتزام الصرفي عن الالتزام العادي أو التعاقدي، تلك النظرية التي تعتبر الالتزام الصرفي التزاما حرفيا ومجردا «littéral et abstrait» ينشأ بمجرد التوقيع على الكمبيالة أو أية ورقة تجارية أخرى؛ وترده إلى الالتزام بإرادة منفردة «l'engagement unilatérale»[6] وعنه نشأ مايعرف في الالتزام الصرفي باستقلال التوقيعات.

وقد سيطرت هذه النظرية الأخيرة على قانون جنيف الموحد لسنة 1930، المنظم للسفتجة أو الكمبيالة والسند لأمر، ولسنة 1931 المنظم للحوالة البنكية أو الشيك؛ واستقر عليها العمل كذلك في انجلترا، حيث يعتبر التوقيع مصدر الحقيقة القانونية للكمبيالة «Bill of Exchange» وباقي الأوراق التجارية.

وننتقل بعد هذا المدخل الذي كان لابد منه إلى دراسة الشروط الموضوعية والشكلية للكمبيالة في فرعين نخصص الأول للشروط الموضوعية، والثاني للشروط الشكلية.

5. المرجع السابق، صفحة 133 و 134 فقرة 252.
6. راجع جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق، صفحة 477، 478، فقرة 262.

الفرع الأول

شروط الكمبيالة الموضوعية

تخضع الكمبيالة كأي تصرف قانوني لجميع القواعد والمبادىء العامة التي تحكم التصرفات القانونية، ذلك أن حياة أو نشأة الكمبيالة، أو الالتزام الصرفي تبدأ بأمر إرادي صادر من الساحب موجه إلى مدينه المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا معينا من النقود في تاريخ معين إلى المستفيد، ويكتمل ميلاد هذا الالتزام الإرادي[7] بتوقيع الساحب على الكمبيالة وتسليمها إلى المستفيد. ويتولد التزام إرادي آخر بتوقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول، وقد تتعدد الالتزامات الناشئة بإرادة منفردة، كلما أضيفت توقيعات جديدة، كالتوقيع بالتظهير، والضمان الاحتياطي أو الكفالة وغيرهما،.وهي توقيعات أو التزامات إرادية تخضع للقواعد والمبادىء التي تحكم الالتزامات والتصرفات القانونية بصفة عامة.

وتفرض طبيعة هذه الالتزامات الإرادية بحث الأركان والشروط العامة، اللازم توفرها لصحة الالتزام الصرفي أو الكمبيالة، سواء تعلق الأمر بتوقيع أو التزام الساحب، أو المسحوب عليه، أو المظهر، أو الضامن الاحتياطي - الكفيل - وهذه الأركان هي الأهلية، والرضى والمحل والسبب، وخلو الرضى من شوائب أو عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه، والغبن والاستغلال.

ولن نتناول بالدراسة التفصيلية هذه الأركان والشروط الموضوعية، لأنها تدخل ضمن الدراسات المدنية من جهة[8]، ولأننا سنتعرض إليها عند الكلام عن الأهلية كشرط من شروط اكتساب صفة التاجر من جهة أخرى، وإنما سوف نكتفي هنا بالإشارة إليها من أجل التذكير أولا، وبيان الجديد فيها المتصل بالكمبيالة ثانيا.

ويلزم لكي تنشأ الكمبيالة صحيحة :

أولا : يشترط للتوقيع على الكمبيالة، أو التحمل بالالتزام الصرفي، أن يكون المُوقِّعُ، ساحبا كان، أو مسحوبا عليه، أو مظهرا، أو ضامنا احتياطيا، متمتعا بالأهلية التجارية، لأن الكمبيالة عملا تجاريا شكليا، مطلقا ومنفردا، أيا كان

7. بإرادة منفردة.
8. راجع كتابنا نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، الطبعة الثانية لسنة 1987، منشورات عكاظ.

المتعاملون بها، وكيفما كانت طبيعة الدَّيْن الذي حررت من أجله (المادة 9 من قانون التجارة الجديد).

ويُطْرَح تساؤل هام حول ما إذا كان من حق المحكوم عليه بسقوط الأهلية التجارية (المواد 711 إلى 724.) في مساطر المعالجة من الصعوبات التي تعترض المقاولة، أو التصفية القضائية، أن يوقع الكمبيالة أم لا ؟

إن الجواب قد يكون بالنفي، بمعنى، لا يمكن للمحكوم عليه بسقوط الأهلية التجارية أن يوقع الكمبيالة لأن هذه الأخيرة ورقة تجارية بصرف النظر عن المتعاملين بها، لا يلتزم بها تبعا لذلك إلا من كان متمتعا بالأهلية التجارية، خاصة أن الحكم بسقوط الأهلية التجارية من النظام العام، إذ أوجب القانون على المحكمة أن تضع يدها في جميع مراحل المسطرة من أجل النطق، عند الاقتضاء، بسقوط الأهلية التجارية عن كل شخص طبيعي تاجر أو عن كل حرفي تثبت في حقهما الأفعال المنصوص عليها في المواد المشار إليها أعلاه، وكذلك على الأشخاص الْمُدَانِين بجريمة التفالس طبقا للمادة 723 من قانون التجارة الجديد.

ولكن، مع ذلك، نقترح ونرجح حلا آخر أقل راديكالية يقوم على أن سقوط الأهلية (المنصوص عليه في المواد 711 إلى 724 من المدونة التجارية) عند الحكم بفتح مسطرة المعالجة، يتعلق بالحرمان من ممارسة الأنشطة المعددة في المادة 6 و 7 و 8 على وجه الاعتياد أو الاحتراف، تلك الأنشطة التي تتخذ شكل مقاولة - حيث يترتب المنع من الإدارة والتسيير أو التدبير أو المراقبة، بصفة مباشرة أوغير مباشرة، لكل مقاولة تجارية أو حرفية ولكل شركة تجارية ذات نشاط اقتصادي (المادة 711 من المدونة)، والحرمان من ممارسة وظيفة عمومية انتخابية (المادة 718) - لا الحرمان من ممارسة عمل تجاري عارض ومطلق كالكمبيالة التي لا يمكن أن تشكل نشاطا تجاريا.

ويترتب عن هذه التفرقة التمييز بين توقيع الكمبيالة بمناسبة التدبير والتسيير والإدارة، الذي يكون باطلا لسقوط الأهلية التجارية، وبين توقيع كمبيالة تتعلق بالحياة الشخصية للمحكوم عليه، وتكون صحيحة، لأنه لم يعد بعد التعديلات الجديدة فرق يذكر بين الأهلية المدنية والأهلية التجارية، ما لم يكن المحكوم عليه قاصرا، لأن القاصر لا يمكن له توقيع الكمبيالة إلا إذا كان تاجرا، وهو ما يعرف «بالقاصر التاجر»، ومن المستحيل أن يكون هذا القاصر تاجرا بعد سقوط أهلية ممارسة الأنشطة التجارية على وجه الاحتراف أو الاعتياد ويكون هذا الحل أكثر مرونة

وانسجاما مع الاتجاه الجديد في التشريع الجديد الذي يأخذ بنظرية المقاولة.

والسؤال الذي يطرح نفسه أيضا، هو متى يكون الشخص متمتعا بالأهلية التجارية في القوانين المغربية الجديدة ؟

لقد وقع تحول جذري في المسيرة التشريعية المغربية على المسارين التجاري والعادي معا.

إن التحول الجذري الأول يتجلى في القضاء على التناقض والتعارض والازدواجية التي نشأت من جراء تنظيم الأهلية في كل من مدونة الأحوال الشخصية (فاتح يناير 1958)، ومدونة قانون الالتزامات والعقود (12 غشت 1913)، ومدونة قانون التجارة (12 غشت 1913) ؛ ودشَّنت هذا التحول المادة 12 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «تخضع الأهلية لقواعد الأحوال الشخصية مع مراعاة الأحكام التالية»[9] . ويبدو التحول الثاني في إلغاء أو نسخ المادتين الرابعة والخامسة من قانون التجارة القديم، اللتين كانتا تحرمان القاصر حتى ولو نال الترشيد، ذكرا كان أم أنثى من مزاولة التجارة أو القيام بالأعمال التجارية ما لم تتوفر فيه شروط قاسية تتجسد في الإذن الخاص بالاتجار، وتصديق المحكمة الابتدائية على قرار الإذن، وأن يُسَجَّل المحرر المتضمن الإذن المذكور، وأن يعلن عنه باللصق لدى المحكمة الابتدائية. والثالث في إلغاء أو نسخ المادتين 6 و 7 من قانون التجارة القديم، اللتين كانتا تربطان اكتساب المرأة المتزوجة لصفة تاجر برضى الزوج والتجارة المستقلة أو المنفصلة عن تجارة الزوج ؛ والذي تأكد من خلال المادة 17 من قانون التجارة الجديد التي نصت على أنه : «يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا».

ويعتبر الشخص متمتعا بالأهلية المدنية والتجارية الكاملة، رجلا كان أو امرأة، والمرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة أو أرملة أو مطلقة، إذا بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يثبت سفهه (المادة 133 من مدونة قانون الأحوال الشخصية)؛ وسن الرشد القانوني الجديد في المغرب هو عشرون سنة شمسية كاملة (المادة 137 فـ2 من مدونة الأحوال الشخصية)[9مكرر].

9. هكذا أصبح ترتيب مصادر الأهلية في المادة التجارية على الشكل التالي :

1 - قانون التجارة ؛ 2 - مدونة الأحوال الشخصية ؛ 3 - مدونة قانون الالتزامات والعقود.

9مكرر. التعديل الذي أدخله القانون 13.92، المنفذ بالظهير عدد 1.92.91 بتاريخ 9 ذو الحجة 1412 (موافق 11 يونيو 1922) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4155، بتاريخ 15 ذو الحجة 1412 (موافق 17 يونيو 1992).

ويمكن، تبعا لذلك، للراشد أن يوقع الكمبيالة توقيعا صحيحا؛ ويعد التزامه الصرفي التزاما صحيحا.

وإذا كان توقيع الراشد للكمبيالة لا يثير لا مشاكل ولا إشكاليات، فإن التزام أو توقيع القاصر للكمبيالة يثير التساؤل والإشكاليات ؛

ولقد عمد قانون التجارة الجديد إلى حل هذه الإشكاليات على أساس التمييز بين نوعين من القصر :

أ- القاصر غير التاجر : إذا وُقِّعت الكمبيالة من طرف قاصر غير تاجر «un mineur non commerçant» كانت باطلة تُجاهه – البطلان النسبي أو الإبطال – ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقا للقانون العادي[10] (المادة 164 ف1 من قانون التجارة).

ب- أما إذا وُقِّعت الكمبيالة –بالمقابل أو العكس– من طرف قاصر تاجر «un mineur commerçant» كانت كمبيالة صحيحة، إن توفرت باقي الشروط الموضوعية والشكلية الأخرى، تجاهه.

وتقود هذه الحلول إلى التساؤل حول متى يكون القاصر تاجرا ؟

يتبين من تحليل نصوص مدونة قانون التجارة الجديد التي نسخت المادتين 4 و 5 من قانون التجارة القديم -المشار إلى مضمونهما سابقا- ونصوص مدونة قانون الأحوال الشخصية أنه يلزم لكي يكون القاصر تاجرا، ويحق له توقيع الكمبيالة، توفر شرطين أولهما يُسرٌ وثانيهما عُسرٌ !

1- أن ينال **القاصر الترشيد** ولا يتأتى له ذلك، إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره، وأحس الوصي رشده بعد اتخاذ الإجراءات الشرعية (المادة 165 من مدونة الأحوال الشخصية) ؛ **أو الاذن من الولي** (المأذون) أو من يقوم مقامه بعد إذن القاضي، إذا رأى عليه مخايل الرشد، وأتم الخامسة عشرة من العمر، لإدارة قدر من أمواله بقصد التجربة (المادة 140 من مدونة الأحوال الشخصية) ويعتبر المأذون في حالة الاختبار، كامل الأهلية فيما أُذِنَ له به وفي التقاضي فيه (المادة 142 من مدونة الأحوال الشخصية).

10. وسنعود لمسألة الاحتفاظ بالحقوق وفقا للقانون العادي.

2- الممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة المنصوص عليها في المادة 6 و7 من قانون التجارة الجديد، أو ما يماثلها (المادة 8 من قانون التجارة الجديد).

فإن توفر هذان الشرطان كان القاصر تاجرا، قادرا على توقيع الكمبيالة، فإن اختل واحد منهما، كان قاصرا غير تاجر، وكانت الكمبيالة الموقعة من طرفه باطلة تجاهه.

ويعتبر الشرط الثاني، وإن كان عسرا وتشديدا، شرط حماية مقرر لصالح القاصر أو ناقص الأهلية، الذي يملك وحده الحق في إبطال التزامه الصرفي طبقا للمادة 10 من قانون الالتزامات والعقود[11].

وقدَّم قانون التجارة الجديد من جهة أخرى حلا مُرضيا لمشكلة أهلية الأجنبي في بلادنا – بناء على اقترحنا الذي قُدِّم للجنة التي أعدَّتْ مشروع سنة 1988 – يحمي المصلحة الوطنية، والمغاربة من الوقوع في فخ قانون جنسية الأجنبي فتبطل التصرفات بصفة عامة، والكمبيالة بصفة خاصة إضراراً بمصالحهم ؛ وجاء هذا الحل في المادتين 15 و 16 من قانون التجارة الجديد، حيث يعتبر الأجنبي (بمقتضى المادة 15)، كامل الأهلية لمزاولة التجارة في المغرب ببلوغه عشرين سنة كاملة، ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى مما هو منصوص عليه في القانوني المغربي، أما إذا كان الأجنبي غير بالغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المغربي (المادة 16)، فلا يجوز له أن يتجر إلا بإذن من رئيس المحكمة التجارية (المادة 5 و 20 من قانون أحداث المحاكم التجارية لسنة 1997) التي ينوي ممارسة التجارة بدائرتها، حتى ولو كان قانون جنسيته يقضي بأنه راشد، وبعد قيد هذا الإذن في السجل التجاري، ويفصل في طلب الإذن فورا.

ويحق للقاصر غير التاجر، المُوَّقع على الكمبيالة أن يدفع بالبطلان النسبي إزاء الحامل، ولو كان هذا الأخير حسن النية، خروجا عن قاعدة عدم سريان الدفوع التي تهيمن على قانون الصرف، أي أن توقيع الكمبيالة من طرف قاصر غير تاجر – يشبه تخلف بيان شكلي، وإن اقتصر التمسك به على القاصر غير التاجر وحده – يجعلها باطلة بالنسبة إليه أو تجاهه، وأن هذا البطلان النسبي، وإن كان يصاحب الكمبيالة وينتقل بانتقالها، إلا أنه لا يؤديَ إلى بطلان باقي التوقيعات الأخرى، وفقا لمبدأ استقلال التوقيعات المشروح سابقا.

11. وقد نصت هذه المادة على مايلي : «لا يجوز للمتعاقد الذي كان أهلا للالتزام أن يحتج بنقص أهلية الطرف الذي تعاقد معه».

وإذا أُبطلت الكمبيالة لتوقيعها من طرف قاصر غير تاجر، فإن الأطراف الأخرى تحتفظ بحقوقها وفقا للقانون العادي (المادة 164 ف 1 من قانون التجارة الجديد) أي تلك الحقوق المحددة في مدونة قانون الالتزامات والعقود ؛ وبمعنى آخر، أن القاصر يبقى بعد البطلان ملتزما في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام (المادة 6 من قانون الالتزامات والعقود[12]) ؛ خاصة إذا قام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، وفي حدود النفع الذي يُستخلص من هذا التنفيذ، ويكون هناك نفع إذا انفق ناقص الأهلية الشيء الذي تسلمه في المصروفات الضرورية أو النافعة، أو إذا كان هذا الشيء لا زال موجودا في ماله (المادة 9 ق.ل.ع.م.).

وتبطل الكمبيالة بطلانا مطلقا إن وقعها عديم الأهلية[13]، أو كانت تحمل توقيعات مزورة أو إمضاءات وهمية، إلا أن هذا البطلان من نوع خاص إذ لا يتمسك به إلا من تعيبت إرادته بالانعدام أو كان ضحية تزوير، خروجا عن القواعد العامة في نظام البطلان التي تمنح لكل ذي مصلحة الحق في التمسك بالبطلان، حماية لقانون الصرف ومبدأ استقلال التوقيعات.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 164 على هذا المبدأ صراحة، إذ جاء فيها: «... إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها، أو توقيعات مزورة، أو توقيعات لأشخاص وهميين، أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها، أو الأشخاص الذين وُقِّعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تظل مع ذلك صحيحة».

ولقد جاءت هذه الرؤية واضحة أيضا في القانون العراقي الجديد، على ما يبدو من المادة 46 التي جاء فيها : «تكون التزامات ناقص الأهلية أو عديمها الناشئة من

12. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 6 على ما يلي : «يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه سن الرشد، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده، أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا.
ويبقى القاصر مع ذلك ملتزما في حدود النفع الذي استخلص من الالتزام وذلك بمقتضى الشروط المقررة في هذا الظهير».

13. طبقا للمادة 139 من مدونة الأحوال الشخصية التي جاء فيها : «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة» ويعتبر الصغير فاقد التمييز حكما إذا لم يتم الثانية عشر من عمره (المادة 138 من مدونة الأحوال الشخصية). أما تصرفات المجنون والسفيه، فتكون غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه (المادة 146 من مدونة الأحوال الشخصية.)
راجع الفروق بين البطلان وعدم النفاذ، في كتابنا نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن – المشار إليه سابقا – صفحة 77 إلى 107.

توقيعه على الحوالة بأية صفة باطلة بالنسبة إليه فقط. ويجوز له التمسك بهذا البطلان تجاه كل حامل للحوالة» وكذلك في القانون الكويتي، حيث نصت المادة 411 على مايلي: «التزامات القصر الذين ليسوا تجارا وعديمي الأهلية، الناشئة من توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو مظهرين أو قابلين أوضامنين احتياطيين أو بأية صفة أخرى، تكون باطلة بالنسبة إليهم فقط. ويجوز لهم التمسك بهذا البطلان في مواجهة حامل الكمبيالة».

لم تكتف المادة 164 من قانون التجارة الجديد بمعالجة الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر (ف1) ؛ والكمبيالة التي تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيه أهلية الالتزام – مثال الصغير غير المميز أو عديم الأهلية، والمجنون والسفيه – أو توقيعات مزورة، أو توقيعات لأشخاص وهميين، أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين عليها، أو الأشخاص الذين وُقِّعت باسمهم (ف2) فقط ؛ وإنما تعرضت كذلك إلى مسألة هامة وشائعة : مسألة التوقيع بالنيابة (ف3) : وتجاوز حدود النيابة (ف4).

ويُؤدي توقيع الكمبيالة بالنيابة أوالوكالة دورا حيويا في حركة الأنشطة التجارية والاقتصادية : وتتجاوز أهميته دائرة الأشخاص المعنويين أو الاعتباريين إلى دائرة الأفراد الذاتيين أو الطبيعيين، الذين تفرض عليهم انشغالاتهم وارتباطاتهم وتنقلاتهم في الداخل والخارج اللجوء إلى النيابة أو الوكالة (le mandat)، أو السحب لحساب الغير «pour le compte d'un tiers» الذي خصص له المشرع لأهميته الفقرة الثالثة من المادة 161، التي جاء فيها «يجوز أن تُسحب لحساب الغير[14]».

ولقد وضعت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة 164 مبدأين هامين يتناولان الإشكاليات التي تحوط النيابة أوالوكالة وهما :

أ- من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصيا بموجبها، فإن وفّاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادّعى النيابة عنه ؛

ب- يسري الحكم نفسه على من تجاوز حدود النيابة.

وتفرض الإشكاليات والفروق بين الوكالة أو النيابة عن شخص طبيعي، وبين الوكالة أو النيابة عن شخص معنوي أو اعتباري من جهة ؛ وبينهما والسحب لحساب الغير من جهة أخرى، إعطاء بعض التوضيحات ولو موجزة عن هذه المؤسسات

14. الكمبيالة.

والفروق الموجودة بينهما إلى الباحث والقارىء.

1- السحب بواسطة وكيل : يعتبر السحب بواسطة وكيل من الطرق الشائعة تفرضه الممارسة العملية، وظروف العمل، وتخضع هذه النيابة لنظرية الوكالة الظاهرة «théorie du mandat apparent»[15] أي للقواعد العامة المنظمة لهذه المؤسسة الأخيرة، التي خصّصت لها مدونة قانون الالتزامات والعقود المواد 879 إلى 943[16] ؛ ولا تكون هذه الكمبيالة صحيحة إلا إذا وقعها الوكيل «le mandataire» الظاهر ؛ وتوفرت لها باقي الشروط الموضوعية والشكلية ؛ لأن التوقيع من البيانات الالزامية لنشأة الالتزام الصرفي، وبتخلفه تبطل الكمبيالة (المادتان 159 ف 8 و160).

ويجب أن يكون الوكيل الموقع متمتعا بأهلية الالتزام الصرفي السابق بيانها[17] ؛ وأن يكون هذا التوقيع صحيحا، أما إذا كان وهميا أو مزورا فتطبق الفقرة الثانية من المادة 164 التي سبق شرحها كذلك.

وتضع الفقرة الثالثة من المادة 164 من القانون الجديد مبدأين أساسيين أحدهما ضمني والثاني صريح :

أ- فإذا وقّع شخص الكمبيالة نيابة عن آخر وبتفويض منه، فإن الموكِّل أو المنيب (المفوِّض) يلتزم شخصيا بموجبها (طبقا للمادة 922 ق.ل.ع.) على الرغم من أن المادة 164 ف.3 لم تصرح بذلك، فالحكم مستفاد ضمنيا من الصياغة ويعد إعمالاً لنص المادتين 922 السابقة[18] و 923 ق.ل.ع.م ؛ وخاصة المادة 925 التي جاء فيها : «التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل، وفي حدود

15. جانتان : المرجع السابق صفحة ص. 155 فقرة 293.

16. وقد عرفت المادة 879 من ق.ل.ع.م. الوكالة، ووضعت صيغها بقولها : «الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر، بإجراء عمل مشروع لحسابه. ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده».

17. تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 164 التي تجعل الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه. ويعد هذا المبدأ خروجا عن قواعد الوكالة نحو التشديد في الحماية التي يحوط بها قانون الصرف القصر وناقصي الأهلية، ولذلك تتعطل المبادىء التي نصت عليها المادة 880 ق.ل.ع.م.، والتي لا تشترط أهلية الالتزام في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية ولو لم تكن صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه ؛ إذ يسوغ للشخص في ظل هذه المادة أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه.

18. وقد جاء في هذه المادة مايلي : «ليس للغير أية دعوى على الوكيل بوصفه هذا، ومن أجل إلزامه بتنفيذ الوكالة، ما لم تكن الوكالة قد أعطيت له لمصلحتهم أيضا».

وكالته، تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه».

ب- أما القاعدة أو المبدأ الثاني الصريح، والذي خصصت له وحده الفقرة الثالثة من المادة 164، فيتعلق بتوقيع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه، وبمعنى آخر، من وقّع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصيا بموجبها، فإن وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادّعى النيابة عنه،

ج- ويلتزم الوكيل أو المُناب شخصيا كذلك، متى تجاوز حدود النيابة وفقا للفقرة الثالثة والأخيرة من المادة 164. ولا تختلف هذه القاعدة الصرفية عن قواعد الوكالة -القانون المدني- الواردة في المادتين[19] 895 و 927[20] من ق.ل.ع.م.

ويعد التزام الساحب في الحالتين التزاما صرفيا، ويسأل عنه تجاه سائر الحملة دون تمييز بين من كان منهم حسن النية أو سيئها، نظرا لعمومية النص أولا، ولكون الوكيل المُتجاوِز ساحبا منشئا أصليا بنفسه ولنفسه.

2- السحب نيابة عن الشخص المعنوي أو الاعتباري :

تختلف النيابة عن الشخص المعنوي عن النيابة عن الشخص الطبيعي اختلافا جوهريا يصل إلى درجة تعطيل الفقرتين الثالثة والرابعة في التشريعات الحديثة، وهو المنحى الجديد للقانون المغربي كذلك.

فإذا كانت النيابة عن الشخص الطبيعي ترتكز على عقد الوكالة الظاهرة، فإن النيابة عن الشخص المعنوي شرعيةٌ وقانونيةٌ، والتصرفات التي يجريها الممثل

19. وقد جاء في المادة 895 ما يلي : «على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلّف بها، فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة».

20. وقد جاء في المادة 927 مايلي :
«لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته أو متجاوزا إيّاها إلا في الحالات الآتية :
أولا : إذا أقره، ولو دلالة ؛
ثانيا : إذا استفاد منه ؛
ثالثا : إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل ؛
رابعا : وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقسى مما تضمنته تعليمات الموكل، ما دام الفرق يسيرا، أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد.»
وقد أكملت المادة 896 حلقة التجاوز بقاعدة هامة قررت لصالح الموكل وتمنحه غنيمة أو ربح التجاوز دون خسارته قائلة «إذا أنجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط أفضل مما هو مذكور في الوكالة، فإن الفرق يكون لفائدة الموكل».

لمبادىء وقواعد القانون العادي التي تحكم مقابل الوفاء، ولعقد الوكالة.

فإن وَفَّى المسحوب عليه بمبلغ الكمبيالة دون أن يتلقى مقابل الوفاء (الرصيد)، كان من حقه الرجوع على الآمر بالسحب «le donneur d'ordre» وحده لأنه هو الملزم بتقديم مقابل الوفاء، ولا يملك هذا المسحوب عليه دعوى الرجوع هاته ضد الساحب لحساب الغير، لأن هذا الأخير غير ملزم بتقديم مقابل الوفاء، وكل ما في الأمر أنه مرتبط بالآمر بعقد السحب لحساب الغير فقط.

وإذا كان المشرع المغربي لا يفرق بين توقيع الرجل والمرأة على الكمبيالة -وقد أحسن صنعا- أي يجيز لكل منهما أن يوقع على الكمبيالة، ويعتبر توقيعه توقيعا صحيحا وتجاريا، لأن الكمبيالة تعتبر في نظر القانون عملا تجاريا أيا كان المتعاملون بها، (المادة 17 من قانون التجارة الجديد، التي سبق شرحها) فإن القانون المصري خرج عن هذه القاعدة، إذ اعتبر توقيع النساء والبنات على الكمبيالة توقيعا مدنيا بالنسبة لهن (المادة 109). وبعبارة أكثر دقة، أن السفتجة الموقعة من طرف امرأة لا تعتبر باطلة وكل ما في الأمر لا يعد هذا التوقيع توقيعا تجاريا.

وقد شعر الفقه المصري بالحرج إزاء هذا الاتجاه الذي ينزل من قيمة المرأة، وقدرتها على مواجهة الشدائد والصعاب، ويتبين ذلك من كلام حسني عباس الذي يرى في النص رعاية للنساء حتى لا يخضعن لبعض أحكام الكمبيالة المشددة، وأمين بدر الذي يعتقد بأن نص المادة 109 لا يهدف إلا إلى حماية النساء، فيقرر لهن نقص أهلية فيما يتعلق بالتوقيع على الكمبيالة، فالمشرع سوى بين أهلية المرأة والرجل في القيام بالأعمال التجارية، بل وترمي هذه المادة إلى التخفيف من نتائج عدم خبرتهن بالحياة التجارية، لذلك كان هذا النص غير متعلق بالنظام العام، فلهن أن يتمسكن بهذه الحماية أولا وفقا لمصلحتهن[25].

ويرى مصطفى كمال طه، أن حكم المادة 109 يخرج عن أصول التشريع المصري الذي يسوي أهلية الرجل والمرأة، إلا أن المشرع أراد أن يحمي المرأة غير التاجرة من نتائج عدم خبرتها وجهلها بقواعد الصرف وأن يجنبها الإكراه البدني -كان القانون المصري كالفرنسي يجيز التنفيذ بالإكراه البدني في المعاملات

25. حسني عباس : المرجع السابق صفحة 125 على الهامش.
وقد نصت المادة 109 مصري على ما يلي : «إذا حصل من النساء أو البنات اللاتي لسن بتاجرات سحب كمبيالة أو تحويلها أو قبولها بأسمهن خاصة، ووضعن عليها إمضاءهن فلا يعتبر ذلك عملا تجاريا بالنسبة لهن».

التجارية- وتشترط عند طه الشروط التالية :

1- أن تكون المرأة بالغة سن الرشد، أما القاصرة فتخضع لأحكام القصر المنصوص عليها في المادة 110، التي لا تفرق بين الرجل والمرأة ؛

2- أن تكون المرأة غير تاجرة، أما إن كانت تاجرة، كان توقيعها عملا تجاريا ؛

3- أن يكون التوقيع على الكمبيالة باسم المرأة غير التاجرة ولحسابها سواء كان التوقيع صادرا منها أو من وكيل عنها، أي أن هذا الحكم لا ينطبق إذا كان توقيع المرأة غير التاجرة نيابة عن شخص أهل للالتزام بالكمبيالة[26].

وقد أُخذ هذا التحجير على المرأة من القانون الفرنسي القديم، ونقول القديم، لأن القانون الفرنسي رفع هذا القيد عن المرأة ابتداء من 8 فبراير 1922، إذ أصبحت هذه الأخيرة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة بعد قوانين 1938 و 1942 تتعاطى التجارة بكامل الحرية، وتوقع الكمبيالات سواء كانت تاجرة أو غير تاجرة.

ولا شك أن الباحث المطلع يعرف الآن أن قانون التجارة المغربي الجديد أوجد حلا قانونيا ومنطقيا للاشكاليات الناشئة عن توقيع الأجانب لكمبيالات في بلادنا، وذلك عن طريق تنظيم كيفية تحديد سن رشدهم في المادتين 15 و 16، اللتين سبق شرحهما ؛ خاصة أن من التشريعات ما يجعل سن الرشد القانوني – إن لم تقع تعديلات لا نستطيع معرفتها للبعد الجغرافي وانحصار المد الثقافي – هو ثمانية عشر سنة (18) كالتشريع العراقي والسعودي، ومنها ما يجعله عشرين سنة (المادة 137 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بعد التعديل المشار إليه سابقا)، ومنها ما يجعله 21 سنة كالتشريع الفرنسي والمصري والإسباني -ولقد كان سن الرشد في القانون الإسباني 23 سنة قبل تعديل الدستور- أو 25 سنة كالدنمارك والمكسيك، و24 سنة كالنمسا وهنغاريا، وأن هذه الاختلافات تؤدي دون شك، إلى الاضطراب في العلاقات القانونية، هذا الإضطراب الذي لم تستوعبه المادة الثالثة من قانون 9 رمضان 1331 (موافق 12 غشت 1913)، المنظم للوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب، والتي جاء فيها : «تخضع حالة وأهلية الفرنسيين والأجانب لقانونهم الوطني».

ولم تكن هذه المادة الأخيرة بكافية لحل هذه الإشكاليات، ولا للحفاظ على المصالح الوطنية بعد الاستقلال ؛ لأن سلطات الحماية التي وضعت المادة الثالثة

26. مصطفى كمال طه : المرجع السابق فقرة 26.

كانت تروم وتحرص أولا وأخيرا على حماية حقوق ومصالح وامتيازات الفرنسيين والأجانب في المغرب.

وكان نص المادة الثالثة يشكل ثغرة أو عقبة قانونية حتى بالنسبة للكمبيالة أو السفتجة، تلك الثغرة التي أقدمت كثير من التشريعات على سدها حماية لمصالح الوطنيين الحيوية ؛ وهذه حالة التشريع العراقي الجديد الذي نص في المادة 48 على ما يلي :

«**أولا** - يخضع شكل الحوالة إلى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها، ومع ذلك لا تعتبر الحوالة باطلة لعيب في الشكل متى روعي فيها الشكل الذي يتطلبه هذا القانون.

ثانيا - يُرْجَع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته. فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق.

ثالثا - وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية».

وكذلك فعل القانون الكويتي في المادة 410 التي جاء فيها :

« **1** - يُرْجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانونه الوطني.

2 - وإذا كان الشخص ناقص الأهلية طبقا لقانونه الوطني، فإن التزامه مع ذلك يظل صحيحا إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية».

وكان القانون الأردني أكثر شمولا، إذ لم يكتف لإعمال هذه القاعدة بحالة الإحالة إلى قانون دولة أخرى، بل طبقها حتى بالنسبة لقانون الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، كما يبدو ذلك من الفقرة الثانية من المادة 130 التي جاء فيها :

« **1** - يُرْجَع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب توافرت فيه أهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده ...».

ثانيا : أن يقوم الالتزام على سبب موجود ومشروع وفق مقتضيات المواد 62، 63، 64 و 65 من قانون الالتزامات والعقود.[26(2)]

فإذا لم يتوفر السبب أو كان غير مشروع بالمفهوم المحدد في المواد المدنية السابقة[26(3)]، كانت الكمبيالة باطلة، ولكن هذا البطلان لا يحتج به تجاه الاغيار أو الحملة الحسني النية، نظرا لفكرة التجريد التي تهيمن على الكمبيالة[27].

وتفرض بعض التشريعات بيان سبب الكمبيالة بإدراج عبارة «والقيمة وصلت» كالتشريع المصري الذي يجعل من بيان «وصول القيمة»[28] بيانا إلزاميا يترتب على تخلفه بطلان الكمبيالة.

ولم يأخذ التشريع التجاري المغربي بنظرية «وصول القيمة» تأثرا بقانون جنيف الموحد ؛ أي أنه لم يجعل من بيان وصول القيمة بيانا إلزاميا يترتب على تخلفه البطلان، ولذلك يبقى هذا البيان من البيانات الاختيارية التي يمكن إدراجها في الصك أو السند باتفاق الأطراف.

ثالثا : أن يكون محل الالتزام أو موضوع الكمبيالة دفع مبلغ معين من النقود (الفقرة الثانية من المادة 159 تجاري والفقرة أ من المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج.) وأن يكون الأمر بالدفع ناجزا أي غير معلق على شرط واقف أوفاسخ، وهذا ما يفرق بين الكمبيالة وشهادة إيداع البضائع في المخازن العمومية التي يكون محلها بضاعة، وبين الكمبيالة ووثيقة التأمين لأن التعويض في هذه الورقة الأخيرة يتوقف على وقوع الحادثة.

رابعا : يشترط أن تتجه إرادة الساحب وغيره من الموقعين في الحالات الأخرى، إلى الالتزام بتعبير مكتوب في الصك وتسليم هذا الأخير إلى المستفيد أو الحامل، وأن تكون إرادة الساحب وغيره من الموقعين خالية من عيوب الإرادة وهي

26(2). نصت المادة 62 على ما يلي : «الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كان لم يكن، يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون».
المادة 63 : «يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر».
المادة 64 : «يُفْتَرض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس».
المادة 65 : «إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يقيم الدليل عليه».

26(3). راجع كتابنا نظرية بطلان العقود المشار إليه سابقا، صفحة 173 إلى 187.

27. راجع صفحة 33 إلى 37 من هذا الكتاب

28. نقدا أو بضاعة أو غيرهما.

الغلط والتدليس والإكراه والغبن والاستغلال.

ويحق للمدين في الكمبيالة أن يتمسك طبقا للقواعد العامة، ببطلان التزامه الصرفي التجاري لاختلال أحد الأركان السابقة، أو يتمسك بالإبطال لنقص في أهليته[29] أو لعيب من عيوب الإرادة ؛ وأن يتمسك بدفوعه هذه إزاء المتعاقد المباشر، والحامل سيء النية، ماعدا فيما يتعلق بعيب الأهلية حيث يتمسك بالعيب ضد الحامل سواء كان حسن أو سيء النية طبقا للمادة 164، ولأن الأهلية من النظام العام.

الفرع الثاني

شروط الكمبيالة الشكلية

تعتبر الكمبيالة من التصرفات أو الأعمال التجارية الشكلية، أي أن القانون أوجب أن تُفْرَغ في قالب معين، حددته المادة 159 من قانون التجارة الجديد[30]، وبعبارة أخرى، لا يكفي لقيام الكمبيالة صحيحة توفر الشروط الموضوعية السابقة، وإنما يجب أن تتضمن السفتجة أو الكمبيالة شروطا أو بيانات إلزامية نص عليها القانون، ورتب على تخلفها – ما عدا في حالات استثنائية – أو تخلف بعضها أو إحداها بطلان الكمبيالة، وتفقد الكمبيالة في هذه الحالة صفتها كورقة تجارية خاضعة لقانون الصرف.

وتقسم البيانات الشكلية إلى قسمين :

1- البيانات الشكلية الالزامية.

2- البيانات الشكلية الاختيارية.

ونخصص لدراسة هذه البيانات مبحثين، مبحثا للبيانات الشكلية الالزامية، ومبحثا للبيانات الشكلية الاختيارية.

29. راجع الموقف فيما يتعلق بالأهلية من خلال شرح المادة 164.

30. وهو نفس القالب الذي نصت عليه المادة 991 من القانون السويسري. و 315 من القانون التجاري اللبناني، و269 من المجلة التجارية التونسية، و 110 من القانون الفرنسي، و 416 من القانون العراقي، و124 من القانون الأردني، و405 من القانون الكويتي.

المبحث الأول

البيانات الشكلية الالزامية

تجدر الإشارة قبل الكلام عن البيانات الالزامية، إلى أن السفتجة أو الكمبيالة سند يحرر كتابة، أي يجب أن تحرر كتابة على صك أطلق عليه المشرع كلمة السند[31].

وإذا كانت هذه الكتابة مستفادة بوضوح من صياغة المادة 159 من قانون التجارة الجديد : تسمية «كمبيالة» مدرجة في نص السند ذاته وباللغة المستعملة للتحرير» ؛ فإن المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية نصت على الكتابة صراحة في الفقرة الأولى ؛ السفتجة هي الصك المحرر «la lettre de change est un instrument écrit».

وتكون هذه الكتابة ضرورية سواء سُحِبت الكمبيالة من نظير واحد «un seul exemplaire» أو عدة نظائر مرقمة يلجَأ الأطراف إلى الاتفاق على تحديد عددها خوفا من الضياع أو السرقة ؛ والكل تحت طائلة البطلان.

ولا تعتبر هذه الكتابة أداة إثبات فحسب، وإنما هي أداة وجود وانعقاد يترتب على تخلفها بطلان السند ذاته كمحرر أو التزام صرفي.

وإذا كانت العادة قد جرت على إنشاء الكمبيالة في محرر عرفي، يباع في الأسواق على شكل دفاتر شبيهة بدفاتر الشيكات البنكية تسهيلا للمعاملات، فلا يوجد ما يمنع من تحريرها في محرر الرسمي، كلما دعت الضرورة إلى ذلك – كما في حالة الرهون الرسمية – وتجوز كتابة هذا المحرر سواء كان عرفيا أو رسميا بخط اليد أو بالآلة الراقنة – الطباعة – على الورق أو غيره. وقد عبر عن هذه المرونة الدكتور علي سلمان العبيدي بقوله : «ولا يشترط في السفتجة أن تكون مكتوبة على الورق، إذ لم يحدد القانون طبيعة المادة التي يجب أن تكتب عليها، فيجوز أن تكون قماشا أو جلدا أو خشبا ؛ وقد ذهب قرار لإحدى المحاكم النمساوية إلى اعتبار السفتجة صحيحة إذا كتبت على غلاف علبة سيجار»[32].

31. نصت الفقرة الأولى من المادة 159 على «تسمية «كمبيالة» مدرجة في نص السند ذاته وباللغة المستعملة للتحرير ...».

32. المرجع السابق صفحة 88، فقرة 69.

ونتنقل بعد هذا المدخل، إلى سرد ومعالجة البيانات الالزامية، وتسمى الزامية لأن القانون أوجب توفرها أولا تحت طائلة البطلان، وتمييزا لها عن البيانات الاختيارية ثانيا، تلك البيانات التي يضيفها الأطراف بإرادتهم وهذه البيانات هي التالية :

1- تسمية «كمبيالة» أو «سفتجة» مدرجة في نص السند ذاته، وباللغة نفسها المستعملة لتحرير هذا السند[32(2)] فإن كانت العربية سُمِّيَت «كمبيالة» أو «سفتجة» وإن كانت الفرنسية «lettre de change» وإن كانت الأنجليزية «Bill of Exchange» مثلا. (الفقرة الأولى من المادة 159 من قانون التجارة الجديد).

ولم يفرض القانون إدراج تسمية كمبيالة على ذات السند تحت طائلة البطلان عبثا ولغوا، وإنما من أجل تمييز هذا الصك أو السند عن باقي السندات الأخرى، كالأسهم وسندات القرض التي تصدرها شركات الأموال، وكالسندات الاذنية، والحوالات البنكية، أو الشيكات وغيرها، كما أن بهذه التسمية يتحدد النظام القانوني الذي يطبق على الورقة ذاتها.

وقد خرج قانون التجارة الأردني عن هذه القاعدة، إذ نص صراحة على أنه إذا خلا متن سند السحب من ذكر كلمة (سند سحب أو بوليصة أو سفتجة)، وكان المعنى المستخلص من المتن يدل على أنه سند سحب فيعتبر كذلك (الفقرة «و» من المادة 125).

2- يجب أن تتضمن الكمبيالة أو السفتجة الأمر الناجز بدفع أو أداء مبلغ معين من النقود (الفقرة الثانية من المادة 159 من قانون التجارة الجديد) ؛ وبعبارة أخرى، لا يسوغ أن يقترن تحرير الكمبيالة أو الدفع بشرط واقف أو فاسخ، لأن مثل هذا الاشتراط يعرقل التداول الذي يعتبر من الخصائص المميزة للأوراق التجارية، أما إذا تضمنت الكمبيالة شرطا واقفا أو فاسخا، أو كان المبلغ الثابت فيها مرتبطا بحدوث وقائع خارجية أو كان محل الالتزام الأمر بدفع بضاعة فقدت صفتها وكانت باطلة وتحولت إلى ورقة من نوع آخر يتحتم تحديد طبيعتها القانونية. وقد عبرت الفقرة ب من المادة 124 من قانون التجارة الأردني عن هذا البيان : «بأمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود» والفقرة 2 من الفصل

32(2). وكان هذا البيان اختياريا في القانون السوري القديم، ثم أصبح إلزاميا في القانون الجديد ... راجع السباعي والأنطاكي صفحة 285 فقرة 541.

269 من المجلة التجارية التونسية : «بالتوكيل المجرد المطلق بدفع مبلغ معين» والفقرة الثانية من المادة 315 من قانون التجارة اللبناني : «بالتوكيل الصريح بدفع مبلغ معين».

ولا يوجد مايمنع من تحرير مبلغ الكمبيالة بالأرقام فحسب، أو بالحروف فحسب، أو بالأرقام والحروف في أن واحد -وقد جرت العادة في بلادنا أن يحرر المبلغ بالأرقام في الحاشية وبالحروف في المتن- ؛ وتعتبر هذه الحالة الأخيرة أكثر الحالات شيوعا لأنها تجعل التزوير صعبا، فإن حُرِّرَ هذا المبلغ بالأحرف والأرقام في آن واحد، كان المبلغ المحرر بالأحرف هو المبلغ الصحيح أو المعتمد في حالة الاختلاف، ويعتبر أقل مبلغ هو الصحيح أو المعتمد[33] إن حُرِّرَ هذا الأخير عدة مرات كلها بالأحرف أو كلها بالأرقام (المادة 163 من قانون التجارة الجديد).

ويتوجب على المسحوب عليه أن يراعي هذه القاعدة وإن لم ينص المشرع على ذلك صراحة (المادة 163)، خاصة أن المشرع نفسه فرض مراعاة هذه القاعدة صراحة في النظام القانوني للشيك، وذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 247، التي جاء فيها «وفي هاتين الحالتين، يلزم المسحوب عليه بأداء الشيك وفقا للمقتضيات المذكورة أعلاه».

ويعد هذا الحل الذي يقدمه قانون الصرف للأطراف هو الأمثل، الذي يتناسب مع الصرامة والتجريد، والاستقلال والذاتية التي يتميز بها، وإذا كانت للطرف المتضرر حقوق، يمكن له الحصول عليها في نطاق القانون العادي (قانون التزامات والعقود) وما يقدمه من دعاوى، كالدعوى العادية، ودعوى دفع غير المستحق، ودعوى الإثراء بلا سبب وغيرها من الضمانات القانونية المتوفرة.

ويجوز للساحب أن يشترط فائدة، إذا كانت الكمبيالة مستحقة الأداء عند الاطلاع أوبعد مدة من الاطلاع، ويجب أن يُعَيَّن سعر الفائدة على ذات الكمبيالة -كأن يقال ادفع مبلغ ألف درهم (1000 درهم) وفائدة 10%-، وتُحْسَبُ الفوائد ابتداء من تاريخ إنشاء الكمبيالة ما لم يُنص على تاريخ آخر (المادة 162 من قانون التجارة الجديد).

وقد يتساءل البعض عن السبب الذي جعل التشريع يجيز اشتراط الفائدة في حالتين من حالات الاستحقاق فقط، وهما : حالة الكمبيالة المستحقة الأداء عند

33. المادة 8 فـ1 و فـ2 من اتفاقية الأمم المتحدة.

الاطلاع، والكمبيالة المستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع، ولا يجيز مثل هذا الاشتراط في الحالات الأخرى، تحت طائلة بطلان الشرط[34] ؛ الذي عبرت عنه الفقرة 162 بقولها «ويعتبر هذا الشرط غير موجود في أنواع الكمبيالات الأخرى».

ويجب أن يُعين سعر الفائدة في الكمبيالة ذاتها تحت طائلة بطلان الشرط أو الاشتراط، وبعبارة الفقرة الثانية من المادة 162 «وإلا اعتُبِر هذا الشّرط كان لم يكن».

ويبدأ جريان أو سريان الفوائد من تاريخ إنشاء الكمبيالة ما لم يتفق على تعيين تاريخ آخر (المادة 162 ف3).

ولقد انتقد بعض النواب اشتراط الفائدة المنصوص عليه في المادة 162 من مدونة التجارة، على أساس أنه غير منسجم مع مقتضيات القانون المدني الذي يمنع صراحة التعامل بالفائدة بين المسلمين -ولكنهم نسوا أولم يعلموا بظهير 16 يونيو 1950 الذي حدد سعر الفائدة القانوني في الأعمال المدنية والتجارية ب 6%، والسعر الاتفاقي الأقصى 10%- فيما لاحظ البعض الآخر إساءة هذا المقتضى لأعرافنا وتقاليدنا الإسلامية وللعالم الإسلامي الذي يرأس المغرب مؤتمر قمته، وطالبوا جميعا بإيجاد صياغة تفيد منع اشتراط الفائدة بين المسلمين ليبقى المجال مفتوحا للتعامل بها بين غير المسلمين.

ولقد ردت الحكومة على هذه الانتقادات بأن جميع البلدان تتعامل تجاريا بهذا الشرط، والحل هو ترك الأمور لمن يعنيها (كون المتعاملين مسلمين أو غير مسلمين)[34(2)].

ويعتقد الرأي الراجح في الفقه، أن التشريع وقانون جنيف الموحد منع الفائدة في أنواع الكمبيالات الأخرى، أي الكمبيالة المستحقة في تاريخ معين، أو بعد مدة من تاريخ التحرير لسهولة حساب قدر الفائدة عن الفترة الفاصلة ما بين تاريخ التحرير وتاريخ الاستحقاق، وإضافة هذا القدر إلى مبلغ الكمبيالة، في حين يستحيل حساب الفوائد في البداية، وإضافتها إلى المبلغ، إذا كانت هذه الأخيرة واجبة الاستحقاق

34. ويعتبر هذا الشرط كان لم يكن، إذا كانت الكمبيالة مستحقة في تاريخ معين أو بعد مدة من تاريخ التحرير (المادتان 162 و 181).

34(2). تقرير لجنة مجلس النواب للاقتصاد والتجارة والصناعة والشغل وشؤون المهاجرين، الولاية التشريعية 93-1999، السنة الثالثة دورة ابريل 1996، ص. 162.

بمجرد الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع، لأن تاريخ الاستحقاق المعلق على الاطلاع لا يمكن أن يعرف مقدما على خلاف الحالتين السابقتين[35].

ونؤيد هذا الاتجاه بدفاع آخر، هو أن تقديم الكمبيالة الواجبة الاستحقاق لدى الاطلاع للوفاء (الفقرة الأولى من المادة 182 من قانون التجارة الجديد)، وتقديم الكمبيالة الواجبة الاستحقاق بعد مدة من الاطلاع للقبول (الفقرة 6 من المادة 174 من قانون التجارة الجديد)، متوقف مبدئيا على إرادة ورغبة الحامل ؛ خاصة أن هذا الأخير، يملك خيرة يوم التقديم، خلال سنة كاملة تحسب ابتداء من تاريخ التحرير، ولا يتقرر السقوط إلا بفواتها، لذلك فيمكن أن ينشأ نزاع حول الفائدة، ولا يمكن عدالة وإنصافا أن يستفيد الحامل أو يدعي فوائد ثمنا لعمله أو إهماله، إلا إذا كانت مشترطة ؛ لذلك أجاز المشرع اشتراط الفائدة في هاتين الحالتين فقط.

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، فقد سلكت نهجا آخر، يفتح باب اشتراط الفائدة على مصراعيه وفي سائر حالات الاستحقاق، وجاء المبدأ في الفقرة «أ» من المادة السابعة : «يعتبر مبلغ الصك معينا وإن أوجب الصك الوفاء به : أ – مع الفائدة...» وركزت المادة 8 المبدأ السابق بتفصيلات هامة هي :

1- إذا نُصَّ في الصك على دفع فائدة دون تحديد ميعاد بدء سريانها، سرت الفائدة اعتبارا من تاريخ إنشاء الصك (الفقرة 4) ؛

2- يعتبر شرط دفع الفائدة على مبلغ الصك كأنه لم يكن، ما لم يحدد الصك سعر الفائدة الواجب دفعها (الفقرة 5).

وخصصت الفقرات 6 و 7 و 8 لكيفية تعيين سعر الفائدة، الذي يجوز أن يكون سعرا ثابت أو متغيرا.

35. وقد علق الدكتور علي سلمان العبيدي على هذا الموقف بقوله : «لا يجوز في الأصل اشتراط الفائدة في السفتجة لأنه من الممكن إضافة مبالغ الفوائد مقدما إلى مبلغ السفتجة الذي يجب أن يكون محددا منذ إنشائها، غير أنه يلاحظ أن الفوائد يصعب تحديدها مقدما بالنسبة للسفتجة المستحقة الوفاء عند الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع، ولذلك قبل القانون الموحد اشتراط الفائدة بالنسبة لهذين النوعين من السفاتج واعتبره كأن لم يكن بالنسبة للسفاتج الأخرى» صفحة 100، فقرة 79.

أما مصطفى كمال طه فقد أثار الخلاف الناشىء حول هذه المسألة بقوله : «ذهب رأي إلى جواز ذلك لأن احتساب الفوائد لا يتطلب إلا عملية حسابية بسيطة على أساس تاريخ التحرير والاستحقاق، وذهب رأي آخر إلى بطلان اشتراط الفائدة في الكمبيالة، لأن المبلغ الواجب دفعه لا يمكن معرفته بمجرد الاطلاع مما يعرقل تداول الكمبيالة، ولأن هذا الشرط يفترض حسابا يخشى معه الخطأ والنزاع، ولأنه إذا رغب الساحب في اشتراط فائدة فما عليه إلا حساب مجموع الفوائد عن الفترة ما بين التحرير والاستحقاق وإضافتها إلى مبلغ الكمبيالة» المرجع السابق صفحة 38.

3- اسم المسحوب عليه «le tiré» أي اسم الشخص الذي يجب عليه أو يلزمه الوفاء (فقرة 3 من المادة 159) ولا ينشأ الالتزام الصرفي في ذمة المسحوب عليه من العلاقات السابقة التي تربط الساحب بالمسحوب عليه، وإنما ينشأ هذا الالتزام من توقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول.

واستقر الاجتهاد القضائي في فرنسا على أن ذكر اسم المسحوب عليه على سند الكمبيالة بيان إلزامي لا يُغني عنه لا ذكر الموطن ولا توقيع المسحوب عليه تجنبا للاحتيال والانتحال[36]، ولا ينبغي كذلك الاكتفاء بالأحرف الأولى من الاسم «les initials» لأن ذلك يؤدي إلى التغليط والجهالة.

ولا يفوتنا أن نثير هنا إشكالية لم ينتبه إليها الفقه المقارن، يرتبط جزء منها ببلادنا (القانون الداخلي أو الوطني)، و يرتبط الجزء الآخر بالمعاملات الدولية إذ اكتفت التشريعات وقانون جنيف الموحد بالنص على أن تتضمن الكمبيالة اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه)، وكان الأفضل أن تنص على تضمين الكمبيالة الاسم الشخصي والعائلي للمسحوب عليه رفعا للالتباس واختلاط الأسماء، فمن الشائع في كل مجتمع، أن يحمل أشخاص نفس الاسم العائلي أو نفس الاسم الشخصي، وبذكرهما معا يقل الخلط نسبيا على الأقل، وليس مطلقا ؛ ومن الجائز أيضا أن يحمل أكثر من شخص نفس الاسم الشخصي والعائلي.

وتطرح مشكلة ثانية تخص المغرب واللغة العربية فقط ؛ وهي ما المقصود بالاسم هنا، أهو الاسم الشخصي أم الاسم العائلي، ونقول تخص المغرب ولغة الضاد وحدهما لأن النص الفرنسي يذكر كلمة «le nom»، التي تعني الاسم العائلي، وتتميز عن الاسم الشخصي «prénom».

وينبغي في رأينا أن نعطي تأويلا واسعا لكلمة اسم المسحوب عليه، تأويلا يجعل الكمبيالة صحيحة إن ذُكِرَ فيها الاسم العائلي للمسحوب عليه وحده ؛ أو ذُكِرَ عليها الاسم الشخصي وحده، أما الكمال فهو أن يُذْكَر في الكمبيالة الاسم الشخصي والعائلي للمسحوب عليه.

ويجوز في القانون المغربي كما هو الشأن في قانون جنيف الموحد، أن تُسْحَب الكمبيالة على الساحب نفسه (الفقرة 2 من المادة 161 من قانون التجارة الجديد):

36. جانتان : المرجع السابق صفحة 138، فقرة 262.

وبعبارة أخرى، يجوز أن تجتمع في شخص واحد صفة الساحب والمسحوب عليه، أي أن يكون ساحبا ومسحوبا عليه، وبمعنى أخر، يُنْشِيء سند الكمبيالة ويلتزم بدفع المبلغ الثابت فيها[37]. فتكون الكمبيالة في هذه الحالة أشبه بالسند لأمر.

ويحقق ازدواج الصفة في شخص واحد - ساحبا ومسحوبا عليه - فوائد عملية، خاصة بالنسبة للشركات ذات الفروع والوكالات المتعددة داخل المدينة الواحدة أو خارجها كان تسحب الشركة سفتجة على الفرع أو الوكالة أو العكس[38].

وإذا حدث أن كان اسم المسحوب عليه الموجود على الكمبيالة وهميا، اعتبر الساحب مرتكبا لجريمة النصب المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفقرة الأولى من المادة 540 من القانون الجنائي التي جاء فيها : «يعد مركبا لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليوقع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطإ وقع فيه غيره، ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر...[39]».

4- تعيين ميعاد الاستحقاق «la date d'échéance»

ويقصد بميعاد الاستحقاق يوم حلول أجل أداء المبلغ الثابت في الكمبيالة، وتُعْطى لهذا اليوم أهمية فائقة في الميدان التجاري، لأن التاجر المرتبط بميعاد الاستحقاق يترقب أجل الائتمان بفارغ الصبر، ويعول عليه إما للوفاء بالتزاماته أو لتحقيق صفقاته. خاصة أن أجل الكمبيالة أجل صارم ولا يرفق بأي إمهال قانوني أو قضائي ماعدا الامهال المقرر في المادتين 196 و 207 (المادة 231).

وقد حددت المادة 181 من قانون التجارة الجديد آجال أو مواعيد الاستحقاق على الشكل التالي :

37. سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، واحدا أو أكثر.
38. أما طه فيرى : «لا يجوز سحب الكمبيالة على الساحب نفسه بحيث يكون الساحب والمسحوب عليه شخصا واحدا، وإلا فقدت الكمبيالة صفتها وأصبحت في الواقع سندا إذنيا، لأن المسحوب عليه يجب أن يكون شخصا آخر غير الساحب بحيث يترتب على قبوله إضافة مدين جديد بجانب الساحب».
39. وقد فرضت هذا الاتجاه الضرورات العملية، وفكرة التداول، لأن الساحب الذي يسحب كمبيالة على نفسه. يستطيع أن يظهرها إلى شخص ثالث، وبذلك يزول الانتقاد الذي وُجِّه إلى مسلك القانون الموحد، ذلك الانتقاد الذي يعتبر سحب الساحب كمبيالة على نفسه يفقدها صفتَها ويجعلها سندا إذنيا، كما أن هذا الاتجاه الذي تأخذ به كثير من التشريعات المتأثرة بالقانون الموحد، يسهل عمليات سحب البنوك سفاتج أو كمبيالات على فروعها.

1- بمجرد الاطلاع «à vue»

ويقصد بذلك، أن بمجرد ما يقدم المستفيد أو الساحب الكمبيالة إلى المسحوب عليه، ويطلع عليها، ويتأكد من سلامتها وصحتها يتوجب عليه الأداء فورا وبمجرد الاطلاع، لأن الكمبيالة هنا أداة للوفاء فحسب، ويكون يوم الاطلاع هو يوم الحلول أو الاستحقاق، ولا يعد تاريخ الاستحقاق هنا معينا ولكنه قابل للتعين :

– فإن قدمت يوم 97/4/15 توجب الوفاء في هذا اليوم ؛

– وإن قدمت يوم 97/6/16 توجب الوفاء في هذا اليوم فورا ؛

– وإن قدمت يوم 97/12/5، توجب الوفاء في هذا اليوم فورا ودون تأخير، وهكذا دواليك.

ويلاحظ أن هذه الطريقة تخدم مصالح المستفيد أو الحامل أكثر من مصالح المسحوب عليه ؛ لأن تاريخ الاستحقاق متوقف هنا على إرادة الأول لا الثاني الذي يملك حرية اختيار يوم التقديم ؛ وقد يُفاجِئ المسحوب عليه في يوم قد لا يتوفر فيه على سيولة كافية للأداء، مما قد يُحرجه ويمس بائتمانه والثقة فيه، خاصة إذا كان تاجرا أو حرفيا، إذ قد يتهدده خطر مساطر المعالجة للتوقف عن دفع أو سداد الديون المستحقة عند الحلول (المادة 560 من المدونة) ؛ وربما قد تكون هذه الأسباب هي التي جعلت التشريع يضع طريقة ثانية لتعيين تاريخ الاستحقاق، تُراعي مصالح الطريفين، وتخلق توزنا عمليا وقانونيا بين إرادتي كل من المستفيد والساحب وما على الأطراف، إن أرادوا، سوى الاتفاق عليها وهي :

2- بعد مدة من الاطلاع «à un certain délai de vue»

ومثال ذلك :

بعد 10 أيام من الاطلاع (وقد تكون 3 أيام أو 20 يوما أو 60 يوما أو أقل أو أكثر من ذلك).

ولا يعد تاريخ الاستحقاق هنا كذلك معينا، وإنما يعد قابلا للتعيين أيضا، ولكن ذلك يتوقف على يوم التقديم للاطلاع من طرف المستفيد أو الحامل (وهذا يتوقف على إرادته، ويضمن مصالحه) وإضافة المدة المتفق عليها بعد الاطلاع وهي 10 أيام (التي تضمن مصالح المسحوب عليه وتقيه من المفاجآت).

وتُراعَى في تحديد تاريخ الاستحقاق كلمة «بعد الاطلاع» التي استعملها المشرع من جهة، وعدم إدخال اليوم الأول ولا الأخير ضمن الآجال القانونية أو الاتفاقية (المادة 231 ف 1)، وبمعنى آخر، أن الأجل كامل.

ويتم تحديد تاريخ الاستحقاق، بناء على مثالنا «بعد 10 أيام من الاطلاع» على الشكل التالي :

– إذا قُدمت الكمبيالة للاطلاع في 97/3/10 تكون مستحقة في 97/3/21

– وإذا قدمت في 97/6/5 تكون مستحقة يوم 97/6/16

– وإذا قدمت يوم 97/12/3 تكون مستحقة يوم 97/12/14.

3- بعد مدة من تاريخ التحرير «à certain délai de date» :

ومثاله : بعد 6 أيام من تاريخ تحرير الكمبيالة.

ولا يعد تاريخ الاستحقاق هنا معينا كذلك، وإنما يعد قابلا للتعيين، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بإضافة المدة إلى تاريخ التحرير.

وتهدف هذه الطريقة إلى خلق توافق وانسجام بين مختلف اليوميات الجاري بها العمل دوليا خاصة، ذلك أن البعض يؤرخ بالهجري، والبعض الآخر بالميلادي، والبعض الآخر بالميلادي والهجري، والبعض بشكل آخر، كإيران ولبنان وسوريا.

وتكون الآجال هنا أيضا كاملة أي لا يُحْسَب اليوم الأول ولا الأخير (المادة 231 ف1).

وهكذا

– فإذا حُررت الكمبيالة في 1997/3/6 (ميلادي) تكون مستحقه يوم 1997/3/13.

– وإذا حُررت الكمبيالة في 7 ذو الحجة عام 1417 تكون مستحقة يوم 14 ذو الحجة عام 1417.

4- في تاريخ معين «A jour fixe» :

وتعد هذه الطريقة أكثر الطرق شيوعا وانتشارا، وأيسرها وأقلها تعقيدا.

ومثالها :

– في 97/4/5
– في 97/12/12
– في 98/1/3
– في 98/7/6.

وهكذ، وبإيجاز، وطبقا للمادة 181، يجوز سحب الكمبيالة على الوجوه التالية :

1- بمجرد الاطلاع ؛
2- بعد مدة من الاطلاع ؛
3- بعد مدة من تاريخ تحرير الكمبيالة ؛
4- في تاريخ معين.

وتعتبر هذه الطرق أو المواعيد حصرية، يترتب على مخالفتها أو إدراج مواعيد متعاقبة بطلان الكمبيالة، إلا أن الكمبيالة التي لم يعين فيها نهائيا ميعاد أو تاريخ الاستحقاق تعتبر مستحقة بمجرد الاطلاع في القانون المغربي (الفقرة 2 من المادة 160 من قانون التجارة[40]) وباطلة في القانون المصري[41].

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، فتأخذ على خلاف التشريع المغربي وقانون جنيف الموحد بالمواعيد أو آجال المستحقات المتعاقبة، ويظهر ذلك جليا من المادة 7 التي جاء فيها :

«يعتبر مبلغ الصك معينا وإن أوجب الصك الوفاء به :

أ- مع الفائدة ؛ أو

ب- على أقساط تُستَحق في مواعيد متعاقبة «à échéances successives» ؛ أو

ج- على اقساط تدفع في مواعيد متعاقبة، مع النص في الصك على أنه في حالة التخلف عن دفع أي قسط يستحق باقي المبلغ غير المدفوع...»

5- **تعيين مكان الوفاء** : يجب أن تتضمن الكمبيالة مكان الوفاء، وأن يكون هذا المكان معروفا وحقيقيا، ويمكن الوصول أو الاهتداء إليه بسهولة وفق مانصت عليه الفقرة 5 من المادة 159 من قانون التجارة الجديد، إلا أن هذا البيان ليس إلزاميا في

40. وسنتناول هذا الموضوع بالتفصيل عند الكلام عن الاستحقاق.
41. طه، المرجع السابق صفحة 46.

السفاتج أو الكمبيالات التي تحمل موطن المسحوب إليه، أي أن تخلف هذا البيان في كمبيالة أو سفتجة تحمل موطن المسحوب عليه لا يجعلها باطلة. وبعبارة ثانية، أن موطن المسحوب عليه يغني عن تحديد مكان للوفاء، لأن الوفاء يتم عادة في موطن المسحوب عليه ما لم يتفق على خلافه، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 160 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «إذا لم يعين مكان الوفاء، فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكانا للوفاء، وفي الوقت نفسه موطنا للمسحوب عليه، ما لم يرد في السند خلاف ذلك».

ولقد ضيق قانون التجارة الجديد من أخطار تخلف مكان الوفاء على الكمبيالة : راميا في ذات الوقت إلى تحقيق هدفين : يكمن الأول في معرفة مكان الوفاء عند غياب تحديد هذا المكان على ذات الصك ؛ وعدم وجود مكان بجانب اسم المسحوب عليه يحل محله ؛ والثاني تفادي بطلان الكمبيالة، وما يحمله من أخطار على الائتمان والوفاء في آن واحد -من جراء عدم تطبيق قانون الصرف- فجاء البديل[42] الثاني الذي يعتمد مكان نشاط المسحوب عليه أو موطنه، وذلك في الفقرة الرابعة من المادة 160 التي جاء فيها : «إذا لم يعين مكان بجانب المسحوب عليه، يعتبر مكان الوفاء المكان الذي يزاول فيه المسحوب عليه نشاطه أو موطنه».

أما القانون الكويتي، فقد عطل البطلان في هذه الحالة نهائيا تخفيفا من الشكلية ؛ عندما نص في نهاية الفقرة «ج» من المادة 406 على أنه : «وتكون الكمبيالة مستحقة الوفاء في موطن المسحوب عليه، إذا لم يشترط وفاؤها في مكان آخر».

وقد ثار الجدل حول جواز أو عدم جواز تعدد أمكنة الوفاء، ويرجع هذا الخلاف إلى أن قانون جنيف الموحد أهمل التعرض لهذه المسألة، وسارت على طريقه تشريعات كثيرة ماعدا التشريع الإيطالي الذي أجاز هذا التعدد، وأعطى للحامل حق اختيار مكان الوفاء المناسب (فقرة 5 من المادة الثانية)[43].

ويرفض الفقه السويسري والألماني رفضا قاطعا فكرة تعدد أمكنة الوفاء، لما فيها من لبس وغموض وبلبلة ونزاع، ونعتقد بصواب هذا الاتجاه الذي يسانده النص الذي يذكر بيان «مكان الوفاء» وليس «أمكنة الوفاء» وإن خرج عن هذا الاتجاه بعض الفقهاء الفرنسيين الذين يحبذون مسلك التشريع الإيطالي.

42. بناء على اقتراحنا.
43. راجع العبيدي صفحة 107، فقرة 87.

ويجوز أن يتم الاتفاق على الوفاء في مكان مختار، الذي يمكن أن يكون مكان أحد البنوك أو أحد الأشخاص العاديين ؛ ولم يعد بيان البنك أو المصرف بيانا إلزاميا كما كان في الماضي، وإنما أصبح هذا البيان اختياريا يهدف إلى تسهيل عمليات الأداء، ولا يتحمل هذا المصرف شأنه شأن أي شخص عاد سوى بالالتزام بأداء مبلغ الكمبيالة، ونصت على مبدأ هذا الاختيار الفقرة الرابعة من المادة 161 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يجوز أن تكون الكمبيالة قابلة للأداء في موطن الغير، سواء في الموطن الذي يقيم فيه المسحوب عليه أو في موطن آخر».

6- اسم المستفيد : يجب أن يذكر اسم المستفيد[44] – على ذات السفتجة أو الكمبيالة – الذي يقع الوفاء له أو لأمره (الفقرة 6 من المادة 159) ؛ وتقع باطلة كل سفتجة أو كمبيالة خالية من بيان اسم المستفيد، وأن يُذْكر الاسم كاملا، لأن ذكر أو الاكتفاء بالأحرف الأولى يؤدي إلى التغليط والجهالة.

ولا يسوغ بناء على هذه الفقرة، إنشاء كمبيالة في بلادنا للحامل «au porteurs» إلا أنه يمكن التغلب على هذه الصعوبة بأن تسحب الكمبيالة لأمر الساحب نفسه «à l'ordre du tireur lui même» ثم تظهر للحامل أو على بياض (المادتان 161 فـ1 والمادة 167 والمادة 168 من قانون التجارة الجديد).

أما القانون المصري فيجيز أن تنشأ السفتجة للحامل وفق ما نصت عليه المادة 105 من القانون التجاري -الذي لا يأخذ بقانون جنيف الموحد- التي جاء فيها : «وتكون لحاملها أو تحت إذن شخص ثالث أو إذن نفس ساحبها ويوضع عليها إمضاء الساحب أو ختمه». بل الأكثر من ذلك أن القضاء المصري اعتبر الكمبيالة التي لا يذكر فيها اسم المستفيد -كالسند الاذني- كمبيالة للحامل[45]. ويسير على هذا النهج القانون الأنجلوسكسوني.

ويمكن بالفعل أن تحرر الكمبيالة لحساب الغير، كما يمكن أن تحرر لأمر الساحب نفسه (المادة 161 من قانون التجارة الجديد) ؛ ويلجأ الساحب إلى هذه الطريقة الأخيرة عندما لا يجد مستفيدا تسحب لأمره الكمبيالة ؛ أو يتشكك في قبول المسحوب عليه، أو يرفض هذا الأخير قبول الكمبيالة، أو لأنه المستفيد الوحيد عند إنشائها.

44. الذي عبرت عنه المادة 159 ف 6 ب «اسم من يجب الوفاء له أو لأمره».
45. مصطفى طه : فقرة 48.

ويلجأ الساحب إلى تحرير الكمبيالة لأمر نفسه تلافيا لكل نزاع يكون من شأنه التشكيك في مركزه المالي، أو المس بالثقة التي يتمتع بها، ويمكن أن يتحرر من هذه المخاوف بمجرد توقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول ويدخل الكمبيالة حينذاك في دائرة التداول عن طريق تظهيرها.

أما الفقه المصري -تأثرا بالتشريع الذي لا يأخذ بالقانون الموحد- فيعتبر السفتجة المسحوبة لإذن ساحبها مجرد عمل تحضيري وسندا إذنيا، ويكون من الفائدة للبرهنة على ذلك، أن ندرج رأي كمال طه الذي يرى : «ولا تعتبر الكمبيالة المسحوبة لإذن ساحبها إلا مجرد مشروع أو عمل تحضيري، لأن الساحب لا يتحمل بمتقضاها أي التزام قبل الغير أو قبل نفسه، وعندما يتم قبول المسحوب عليه تصير سندا إذنيا، ولا تصبح كمبيالة إلا اعتبارا من تاريخ أول تظهير، الذي يبرز وجود طرف ثالث فيها، ولذلك تنص المادة 106 تجاري على أن الكمبيالة التي تحت إذن ساحبها لا يذكر فيها وصول القيمة إلا في أول تظهير»[46].

ويجوز أن يكون المستفيد واحدا أو أكثر، شخصا طبيعيا[47] أو شخصا معنويا، فإن كان المستفيد شركة من شركات الأشخاص أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة وجب ذكر عنوانها التجاري أو تسميتها (المادة 4 و 22 و 31 و 45 من القانون رقم 5.96 لسنة 1997، المنظم لهذه الشركات) وإن كان شركة من شركات المساهمة وجب ذكر اسمها التجاري (المادة 2 و 4 من القانون رقم 17.95 لسنة 1996).

ولقد اهتمت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية بتعدد الساحبين والمستفيدين خاصة ؛ إذ أفردت لهذا الموضوع المادة العاشرة التي جاء فيها :

1- يجوز أن تكون السفتجة :
أ- مسحوبة من ساحبين اثنين أو أكثر ؛
ب- واجبة الدفع لمستفيدين اثنين أو أكثر.

إذا تعدد المستفيدون، وكان الصك واجب الدفع لأي مستفيد منهم دون تحديد، جاز الوفاء لأي واحد منهم ؛ ولمن يحوز الصك أن يمارس الحقوق المقررة للحامل. وفيما عدا هذه الحالة، يكون الصك واجب الدفع للمستفيدين المتعددين مجتمعين، ولا

46. المرجع السابق فقرة 43.
47. راجع إشكاليات الاسم العائلي والشخصي السابق طرحها بمناسبة الكلام عن اسم المسحوب عليه صفحة 66 و 67 من هذا الكتاب.

يجوز ممارسة الحقوق المقررة للحامل إلا بموافقتهم جميعا (الفقرة الثالثة من المادة 10).

7- تعيين تاريخ إنشاء الكمبيالة ومكانه : يجب أن يُعين في الكمبيالة تاريخ إنشائها -باليوم والشهر والسنة[48]- ومكان الإنشاء، وفق ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة 159 من قانون التجارة الجديد، ويقع هذا التعيين في بداية رأس الورقة عادة.

وتُعطى لبيان تاريخ إنشاء الكمبيالة أهمية قصوى، لأنه يفيدنا في معرفة أهلية الساحب وقت توقيعه الكمبيالة، بمعنى هل كان في ذلك الوقت كامل الأهلية أو ناقصها، أو عديم الأهلية، وهل هو قاصر تاجر أم قاصر غير تاجر، خاصة أننا نعرف أن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصرين غير تجار تعتبر باطلة بالنسبة إليهم (المادة 164 من قانون التجارة الجديد[49])، وفي تحديد ميعاد أو تاريخ استحقاق الكمبيالة الواجبة الأداء بعد مدة من تاريخ التحرير، وتاريخ تقديم الكمبيالة الواجبة الاستحقاق بمجرد الاطلاع للوفاء أو بعد مدة من الاطلاع للقبول، حيث يجب تقديمها في ظرف سنة من تاريخ تحريرها (المادة 182 ف1 و 174 ف6) وفي حل وفض مشاكل تنازع عدد من الكمبيالات أو السفاتج على مقابل وفاء واحد أو المؤونة «la provision» الواحدة، حيث تكون الأولوية في الأداء أو الوفاء للكمبيالة التي تحمل أسبق تاريخ، وفي معرفة ما إذا كان تحرير الكمبيالة قد وقع في فترة الريبة، وهي الفترة التي تبدأ من تاريخ التوقف الدفع إلى تاريخ صدور حكم فتح المسطرة -التسوية القضائية أو التصحيح القضائي، والتصفية القضائية- تضاف إليها مدة سابقة عن التوقف بالنسبة لبعض العقود (المادة 679 من قانون التجارة الجديد)، حيث تعتبر التصرفات التي يجريها المحكوم عليه في هذه الفترة إما باطلة بطلانا وجوبيا أو جوازيا (المواد من 681 إلى 686) تجاه الدائنين.

48. وقد نصت على ذلك صراحة المادة 105 من القانون التجاري المصري، التي جاء فيها : «ويبين فيها اليوم والشهر والسنة اللاتي تحررت فيها ....» ولا يوجد نص مغربي مقابل.
49. وإن كان الأطراف يحتفظون بمالهم من حقوق بمقتضى القانون العادي، وقد قضت محكمة باريز في هذا الشأن بتاريخ 17 يوليوز 1894، بأن التوقيع على الكمبيالة من طرف قاصر غير تاجر – قبل أن يبلغ سن الرشد، الذي كان هو 21 سنة – يعتبر باطلا بطلانا جذريا ومطلقا، وإن كانت الكمبيالة تحمل تاريخا يفيد أن توقيعها كان بعد سن الرشد. ويمكن التمسك بهذا البطلان ضد كل حامل للكمبيالة ولو كان حسن النية. ويقال نفس الشيء كذلك بالنسبة لانعدام السبب إذا كان القابل لم يتوصل بالمبلغ، القرارات الكبرى صفحة 280.

وذلك على الشكل التالي :

1- يمكن للمحكمة – البطلان الجوازي – أن تبطل كل أداء قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع (المادة 682 من قانون التجارة الجديد) ؛

2- لا تمس أحكام المادة 682 بصحة **أداء كمبيالة** (المادة 684) أو سند لأمر أو شيك تمَّ طبقا لمقتضيات المادة 529 وما بعدها، المتعلقة بحوالة الديون المهنية «la cession des créances professionnelles» الممسوكة «المستحقة» على أحد الأغيار – بصرف النظر عما إذا كان أطراف العلاقة أشخاصا طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص أو القانون العام – التي تتم بمجرد تسليم قائمة لمؤسسة بنكية «par la seule remise d'un bordereau» (طبقا للمادة 529 ف1)، وينقل هذا التفويت إلى المؤسسة المُفَوَّت لها ملكية الدين المحال، سواء كان مقابل تسبيق كلي أو جزئي لمبلغه، أو ضمان لكل ائتمان سلمته المؤسسة أو ستسلمه للمحيل (المادة 529 ف2).

3- يمكن للسنديك أن يرفع دعوى لاسترداد المدفوع **ضد ساحب الكمبيالة،** أو في حالة سحب لحساب الغير (المادة 161 ف3) ضد الآمر بالسحب، وكذا ضد المستفيد من الشيك، والمظهر الأول لسند الأمر، **والمستفيد من الدين المُفوَّت** طبقا للمادة 529 السابقة بيانها ؛ إذا أثبت أن هؤلاء كانوا على علم بالتوقف عن الدفع، وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين (المادة 684 ف 2 من قانون التجارة الجديد)[50].

ويتبين من هذا الاستثناء، أن التشريع قدم حماية وضمانا للحامل الذي تلقى الوفاء في تاريخ الاستحقاق بواسطة كمبيالة، وأعفاه من دعوى الاسترداد أو دعوى إعادة المبالغ المدفوعة، وجعل هذه الدعوى على كاهل الساحب في الكمبيالة، والآمر بالسحب في حالة السحب لحساب الغير، والمظهر الأول في السند الاذني أولأمر، شريطة أن يكونوا عالمين بتوقف المسحوب عليه أو المحرر عن الدفع وقت إنشاء الكمبيالة أو السند.

ويُستثنى من ذلك الشيك، وقائمة حوالة الديون المهنية، حيث ترفع دعوى الاسترداد على المستفيد من الشيك، والمستفيد من الدين المُفوَّت (المادتان 684

50. وقد جاء في النص العربي (على خلاف النص الفرنسي) خطأ عبارة «هؤلاء الساحبين» ولكن ليس كلهم ساحبين كما يظهر من مضمون النص.

و529 من قانون التجارة الجديد). وذلك حتى لا يؤدي الساحب مرتين مرة من رصيده في البنك، ومرة عن طريق دعوى الاسترداد ، وليس من الضروري تصور البنك هو المتوقف عن الدفع، لأن ذلك لا يحدث إلا نادرا، بل التصور المنطقي هو توقف الساحب في الشيك عن الدفع ؛ وما يجري على المستفيد من الشيك يجري على المستفيد من الدين[51] المفوت.

أما فيما يتعلق بمكان الإنشاء، فإن الباحث ولا شك، يلاحظ أن دوره قد تضاءل وتقلص نسبيا، خاصة بالنسبة للسفاتج التي يدفع مبلغها داخل التراب الوطني أو الحدود الوطنية، وعلى الخصوص بعد تحول الدور الرئيسي للكمبيالة أو السفتجة من أداة للصرف إلى أداة للائتمان، هذا التطور الذي أدى -بعد نظرية اينرت- إلى زوال شرط وجوب اختلاف مكان السحب عن مكان الوفاء[52]. وعلى خلاف السحب للوفاء الداخلي، فإن مكان الإنشاء يلعب دورا حيويا -وإن كان مدى وقوة هذا الدور يختلف من تشريع إلى آخر- في عمليات السحب للوفاء الخارجي، إذ أن مكان الإنشاء، يفيدنا في هذه الحالة، في معرفة القانون الواجب التطبيق على شكل الكمبيالة، وقد نصت بالفعل على ذلك صراحة بعض التشريعات نخص بالذكر منها المادة 48 من قانون التجارة العراقي الجديد التي جاء فيها : «يخضع شكل الحوالة إلى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها[53]. ومع ذلك لا تعتبر الحوالة باطلة لعيب في الشكل متى روعي فيها الشكل الذي يتطلبه هذا القانون».

وقد استعمل القانون السوري مكان الإنشاء في حل مشاكل تنازع القوانين المتعلقة بالأهلية، إذ جاء في المادة 416 تجاري ما يلي : «يُرجَعُ في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سفتجة إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سفتجة وتوافرت فيه أهلية الالتزام بها وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الالتزام، كان التزامه صحيحا، ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده».

كذلك فعل القانون الكويتي في المادة 410، التي جاء فيها :

«1- يُرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب كمبيالة إلى قانونه الوطني.

51. راجع كتابنا في مساطر المعالجة عند صدوره.
52. كان يشترط اختلاف مكان السحب عن مكان الوفاء في القديم لأن الكمبيالة كانت أداة الصرف.
53. راجع هذا القانون إن أمكن ذلك.

2- وإذا كان الشخص ناقص الأهلية طبقا لقانونه الوطني فإن التزامه مع ذلك يظل صحيحا إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية».

وإذا كان لا يوجد مثيل لهذا النص العراقي في قانون التجارة المغربي، فإن قانون 12 غشت 1913، المنظم للوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين – الذي هو بمثابة القانون الدولي الخاص المغربي – تعرض بصفة عامة لهذه المسألة في المادة 10 منه، تلك المادة التي تُخضع شكل التصرفات القانونية «les actes juridiques» التي يجريها الفرنسيون والأجانب بمنطقة الحماية[54] الفرنسية لمقتضيات القانون الوطني للأطراف «la loi nationale des parties» أو القانون الفرنسي «la loi française» أو قوانين سلطات الحماية أو القوانين والأعراف المحلية[55].

ويكون من المفيد أن نشير من أجل الاستئناس إلى موقف القضاء والفقه السوريين حول صحة وعدم صحة تاريخ إنشاء السفتجة، هذا الموقف الذي جمعه نهاد السباعي في المقولة التالية : «على أنه ليس من الضروري، رغم اعتبار تاريخ السفتجة مصدرا في حق الغير، اتباع أصول الادعاء بالتزوير «inscription en faux» المنصوص عليها في المادة 40 وما يليها من قانون البينات، بل يجوز إثبات عدم صحة هذا التاريخ بجميع طرق الاثبات المقبولة في المواد التجارية، هذا، وقد أجمع الاجتهاد على عدم تطبيق أحكام المادة 437 من قانون التجارة، التي تعتبر تقديم التاريخ في التظهير تزويرا، على تاريخ إنشاء سند السحب باعتبار أن النصوص ذات الصفة الجزائية يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا»[56].

وتقابل المادة 437 سورية الفقرة الأخيرة من المادة 173 -من مواد التظهير- التي جاء فيها : «يمنع تقديم تاريخ الأوامر، وإن حصل عُدَّ تزويراً».

8- اسم وإمضاء أو توقيع الساحب : يجب أن يوقع أو يمضي السفتجة أو الكمبيالة الشخص المنشىء أو المصدر لها أو الساحب[57] وفق ما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 159 من قانون التجارة الجديد.

54. كان هذا قبل استقلال المغرب، وأن هذا القانون لم يعدل بعد.
55. أي أن التصرف يعتبر صحيحا شكلا إذا أتى طبق المقتضيات المشار إليها أعلاه.
56. المرجع السابق الفقرة 545.
57. ويسوغ أن يسحب الكمبيالة – حسب رأي الفقه – عدد من الساحبين، وإن كان ذلك نادر الوقوع، ونصت عليه صراحة المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية.

فرض المشرع على الساحب إمضاء السفتجة لأن الإمضاء يبعث الحياة في هذه الورقة التجارية، وينقلها من مظلة الهزل إلى منطقة الالتزام القانوني، ولأن الإمضاء ييسر كذلك التداول ويبعث على الثقة ويقوي الضمانات التي تقدمها، إذ أن التوقيع يجعل الساحب ضامنا للقبول والوفاء ؛ وإذا كان يجوز لهذا الأخير أن يتحلل من ضمان القبول، فإنه لا يسوغ له قطعا التحلل من ضمان الوفاء، وبعبارة ثانية يعتبر باطلا وكأن لم يكن كل شرط من شأنه أن يجعل الساحب يتحلل من ضمان الوفاء (المادة 165 من قانون التجارة الجديد)، أي أنه يسوغ للمستفيد أو الحائز «preneur» أن يعود على الساحب إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء.

وقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع حول ما إذا كان يجب أو لا يجب أن يكون التوقيع خطيا، أي بخط يد الساحب «Manuscrite» ؟ وإذ كان الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية يفرض أن يكون التوقيع خطيا وإلا كانت السفتجة باطلة : واستمر هذا الاتجاه زمنا طويلا -بالرغم من أن الرأي الغالب كان يميل إلى فتح الباب أمام الختم والبصمات وغيرها من وسائل التوقيع- إلى أن غيَّر هذا الواقع قانون 16 يونيو 1966، انسجاما مع شيوع التعامل بالأوراق التجارية وانتشارها، ومع اتفاقية جنيف، لدرجة أصبح مدراء الشركات والبنوك يواجهون يوميا المئات إن لم نقل الآلاف من السفاتج والكمبيالات[58].

ولقد جاء هذا التعديل في الفقرة الأخيرة من المادة 110 فرنسية التي نصت على أنه: يمكن أن يكون هذا التوقيع بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى غير خطية «cette signature est opposée, soit à la main, soit par tout procédé non manusrit»

ولقد سايرت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية التطور، وسلمت بالعادات التجارية الشائعة، مقرة المبدأ ذاته في الفقرة «ك» من المادة 5 التي جاء فيها : «يراد بتعبير التوقيع» ؛ التوقيع بخط اليد، أو بصورة لهذا التوقيع مأخوذة بطريقة التصوير البرقي، أو بأي وسيلة أخرى لها الحجية نفسها، ويشمل تعبير «التوقيع المزور» كل توقيع تُستخدم فيه مثل هذه الوسيلة بطريقة غير مشروعة...».

ويعتبر القانون السويسري[59] من القوانين التي تلزم المتعاملين بالكمبيالة بالتوقيع الخطي وإلا كانت باطلة، وفق ما نصت عليه المادة 1085 من قانون

58. راجع جوكلار صفحة 482.

59. لا تعرف سويسرا قانونا تجاريا مستقلا عن القانون المدني.

الالتزامات الفديرالي التي جاء فيها :

«les déclarations faites par lettre de change doivent porter la signature manuscrite de leur auteur.

La signature manuscrite ne peut être remplacée ni par une singature qui procéde de quelque moyen mécanique, ni par une marque à la main, même l'égalisée, ni par une attestation authentique.

La signature de l'aveugle doit être l'égalisée».

ولقد كان القانون العراقي القديم يجيز -تأثرا بالقانون الموحد- استعمال بصمة الابهام في التوقيع بدلا من الامضاء الخطي، إلا أنه يستبعد الوسائل الميكانيكية الأخرى كالختم والطبع والتصوير وغيرها، وهو ما نصت عليه المادة 564 من قانون التجارة التي جاء فيها :

«1- في الأحوال التي يستلزم فيها القانون توقيع من له شأن في الورقة التجارية بإمضائه يجوز أن تقوم بصمة الابهام مقام هذا الإمضاء.

2- ويجب أن يشهد شاهدان على أن صاحب البصمة وضع بصمته أمامهما وهو عالم بمضمون الالتزام».

وقد سارت على هذا المنوال كذلك المادة 165 من القانون المصري التي أجازت أن يكون التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة. وأخذ القانون الأردني بنفس المبدأ في المادة 221 من مجموعة قانون التجارة الأردني، إلا أنه استلزم أن يشهد شاهدان على صاحب الختم أو البصمة بأنه وقع أمامهما عالما بما وقع عليه، وقد جاء في هذه المادة مايلي :

«1- يطلق لفظ التوقيع في هذا الكتاب على الإمضاء والختم وبصمة الأصبع.

2- ويجب أن يشهد شاهدان على صاحب الختم أو البصمة بأنه وقع أمامهما عالما بما وقع عليه».

ولا يوجد أي نص مماثل في قانون التجارة المغربي، يقضي بأن يكون التوقيع خطيا أو غير خطي، وإنما جاءت العبارة عامة في الفقرة 8 من المادة 159 «اسم وتوقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب)». وإذا كان المنطق والتطور الذي طرأ على هذه المسألة، يدفعنا إلى المناداة بتبني فكرة حرية التوقيع، خاصة بالقلم الكهربائي أو طريقة التصوير البرقي التي تقودنا إلى أن نفسر عبارة إمضاء الشخص المنشىء

للكمبيالة تفسيرا واسعا، ينسجم مع تطور العرف التجاري، وموقف القانون الموحد، وبعض التشريعات التي أصبحت تقبل بالبصمة والختم، إلا أن هذه المناداة لا يمكن أن تكون إلا حذرة لأنهاتصطدم مع قواعد قانون الالتزامات والعقود -ما لم يكن العرف التجاري قد استقر في بلادنا على قبول وسائل التوقيع الأخرى- المنظمة للأوراق الرسمية والعرفية، وما السفتجة أو الكمبيالة سوى ورقة قد تكون إما رسمية أو عرفية، إذ الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون، الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وفي الشكل الذي حدده القانون، وتكون حجة قاطعة حتى على الغير إلى أن يطعن فيها بالزور (المادتان 418 و 419 من ق.ل.ع.) والورقة العرفية هي التي تكتب بخط أو يد الشخص الملتزم، ويسوغ أن تكتب بغير خطه أو يده بشرط أن تكون موقعة منه، ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه، وأن يرد في أسفل الورقة، ولا يقوم الطابع، أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه (الفصل 426 من ق.ل.ع.).

ولقد زاد في الطين بلة جمود قانون التجارة الجديد، الذي لم يغير أو يعدل عبارة «توقيع من أصدر الكمبيالة أو الساحب» التي كان منصوصا عليها في الفقرة الثامنة أيضا، من المادة 128 من قانون 12 غشت 1913 الملغى أو المنسوخ.

وقد ساير هذا الاتجاه الواقعي، الدكتور علي سلمان العبيدي، إذ يرى وجوب الإمضاء كتابة، لا عن طريق البصمة أو الختم، لأن المشرع المغربي أطلق النص ولم يعين طريقة خاصة بالتوقيع، لذلك يجب الأخذ بالأصل وهو الإمضاء كتابة، واستشهد في ذلك بقضاء المحكمة الابتدائية للدار البيضاء، الصادر بتاريخ 27 يناير 1954 الذي جاء فيه : «إن بصمة الأصابع الموضوعة على الكمبيالة من قبل المسحوب عليه، لا تعتبر قبولا لها وفقا للقانون، فلا يمكن للدائن أن يحتج بواسطتها على المدين للحصول على حقوقه المالية التي تترتب على الورقة التجارية، حتى إذا اعترف المدين بوضع بصمة أصابعه عليها»[60].

وقضت المحكمة الابتدائية للدار البيضاء في 27 يناير 1953 بأنه : لا يعد قبولا في مفهوم القانون التوقيع بالبصمة حتى ولو اعترف المدين بالبصمة لأن ذلك يخالف قانون الصرف[60][2].

60. كتاب الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الطبعة الأولى سنة 1970، صفحة 45.

60[2]. جريدة المحاكم عدد 1146 سنة 1954.

ويرجع هذا القضاء في رأينا إلى تشدد قانون الالتزامات والعقود، هذا التشدد الذي جعل القضاء يعتبر من يوقع بالبصمة جاهلا أو أميا ! هذا الجهل أو الأمية التي تجعل التصرف ذاته قابلا للإبطال، ذلك أن الذي يوقع بالبصمة يعني لا يعرف القراءة ولا الكتابة، لذلك نص الفصل 427 من ق.ل.ع. على ما يلي : «المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك».

وهكذا قضى المجلس الأعلى بتاريخ 18 ربيع الثاني 1389 (الموافق 4 يوليوز 1969) بأن الالتزامات الصادرة من الأشخاص الأميين الذين لا يعترفون بمضمونها، لا تكون لها قيمة إلا إذا حررت بواسطة موثق أو موظف عمومي مختص، ولهذا فإن محكمة الموضوع كانت على صواب حين لم تعتد بالتزام مختوم ببصمة أحد الطرفين، الذي لم ينكرها زاعما أنه لم يعرف مضمون ما كتب لأنه أمي[61].

وقضى المجلس الأعلى كذلك بأنه :

«1- على فرض ثبوت أمية البائعين، فإن البطلان الذي يشوب البيوع المتنازع فيها له طابع نسبي يحق للبائعين وحدهم الاستظهار به.

2- ليس في وسع المحكمة أن تصرح من جهة بأن للطالب مصلحة في إقامة دعواه، ومن جهة أخرى بأنه لا يملك حق التمسك بالمادة 427 من قانون الالتزامات والعقود دون أن تتناقض مع نفسها.

3- لم تخرق المحكمة المادة 427 المشار إليها أعلاه، بتأييدها للحكم الابتدائي الذي صادف الصواب عندما عرف الأميين بجهلهم الإمضاء، واعتبر غير أميين من وضع إمضاءه على عقود»[62].

وللصدق والحقيقة التاريخية كنا -ولا زلنا- من المدافعين داخل لجنة التدوين، التي وضعت مشروع سنة 1988 -لم يدخل قانون 15.95 لـ 13 ماي 1996 أية تغييرات أو تعديلات جوهرية تمس مشروع نظام الأوراق التجارية- على فتح باب التوقيع أمام الوسائل الميكانيكية والبرقية والكهربائية الجديدة، لأن هذه الوسائل تنسجم مع طبيعة

61. حكم مدني عدد 349، نشر بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 16، شهر أبريل 1970، صفحة 4.

62. نشر في مجلة القضاء والقانون – التي تصدرها وزارة العدل – العدد 117 السنة الثانية عشرة، صفحة 371، 372.

التجارة التي تقوم على السرعة والائتمان، ومع تطور النظام البنكي ومؤسسات الائتمان، ولكن الجمود والتحجر وقف في وجه التطور[63].

ولا يشترط في التوقيع سوى أن يكون واضحا وحقيقيا، ويجب على الساحب، بعد التعديل الجديد (المادة 159 ف8) أن يضع اسمه الكامل وتوقيعه في أسفل الكمبيالة -جريا على العادة، خاصة أن التشريع لم يحدد مكانا معينا للتوقيع-، ولا يمكن له الآن الاكتفاء بالتوقيع فحسب، لأن التشريع فرض كتابة اسم الساحب وتوقيعه رفعا لكل غموض أو لبس، خاصة أن المشرع نص في الفقرة 5 من المادة 160 من قانون التجارة الجديد أن الكمبيالة التي لم يعين فيها مكان إنشائها تعتبر منشأة في المكان المذكور إلى جانب اسم الساحب.

ويطرح بيان اسم الساحب الإشكاليات نفسها التي يثيرها بيان اسم المستفيد، وبيان اسم المسحوب عليه، والتي سبق التعرض إليها ؛ وبمعنى آخر، هل المقصود بالاسم هنا الاسم العائلي أو الاسم الشخصي -خاصة في اللغة العربية- أو الاثنين معا[64] ؛ وإن كان هذا الوضع الأخير هو الأفضل والأرجح ؛ أي بيان الاسم الشخصي والعائلي.

ولا يسوغ للساحب أن يكتفي بالتوقيع فقط ؟ فإن فعل كانت الكمبيالة باطلة، لما في ذلك من مس وخرق للتعديل الجديد ولنظام الشكلية الصارم الذي يحوط الأوراق التجارية، ولا الاكتفاء ببيان اسمه على ذات الكمبيالة فقط، فإن فعل كانت الكمبيالة باطلة أيضا، لأنه لا التزام دون توقيع، إذن فلا غنى لصحة الكمبيالة من أن تتضمن في وقت واحد اسم وتوقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب).

ولا يسوغ هنا كذلك الاكتفاء بالأحرف الأولى للاسم «les initiales» لأنه يؤدي إلى التغليط أو الجهالة.

ولم يبين قانون التجارة الجديد، كالقديم أيضا، مكان توقيع الساحب، أيقع على صدر أوجه الكمبيالة أم يسوغ أن يقع كذلك على الظهر ؟ وهل يكون صحيحا والكمبيالة صحيحة إذا وقع على وصلة أو ذيل ؟

63. راجع تفصيل أفكارنا من خلال مداخلتنا في الندوة الثانية للعمل القضائي والبنكي «الشيك بدون رصيد بين مشاكل الحاضر وآفاق المستقبل» في موضوع المشروع الأولي المنظم للشيك – الذي نشرته وزارة العدل «المعهد الوطني للدراسات القضائية» 1989 صفحة من 211 إلى 226.

64. راجع الاشكاليات وموقفنا منها، الذي سبق بيانه، صفحة 66 و 67 من هذا الكتاب.

ينبغي أن يقع التوقيع أولا على ذات الكمبيالة تحت طائلة البطلان، لأن هذه الأخيرة لا تكون صحيحة إلا إذا تضمنت البيانات، -وعلى الصك ذاته- المنصوص عليها في المادة 159، ومن ضمنها اسم وتوقيع الساحب.

ويجب مبدئيا أن يُدرج اسم وتوقيع الساحب على صدر أو وجه الكمبيالة حتى لا يختلط مع التظهير ؛ إلا إننا نظن مع بعض المرونة، فإن وُضِع الاسم والتوقيع على ظهر الكمبيالة يعتبر ذلك سَحْبا لها إن سبقتهما كلمة ساحب، ووضعا - أي الاسم والتوقيع – أسفلها.

ولقد ذهب بعض القضاء الفرنسي إلى أن توقيع الساحب يجب أن يقع على صدر الكمبيالة «récto» إلا أنه يمكن الاستعاضة عن ذلك بالتوقيع الذي يضعه الساحب على ظهر الكمبيالة «au verso» ان كان أول مظهر لها، إذ يكون في هذه الحالة ساحبا ومظهرا[65].

واستقر القضاء من جهة أخرى، على أن التوقيع يجب أن يقع على ذات الكمبيالة، وتطبيقا لهذا المبدأ، فلا يسوغ أن يقع التوقيع على وصلة أو ذيل، وأن التوقيع على الدمغة أو الطابع الضريبي «timbre fiscaux» يعد توقيعا باطلا، ويبطل الكمبيالة ذاتها لاحتمال إزالته، أو ضياعه أو تغيير مكانه، وخوفا كذلك من احتمال النصب والاحتيال.

وأخيرا، لقد بررت الحكومة ذكر اسم الساحب إلى جانب توقيعه بفائدته في حالة إصدار الكمبيالة لحساب الغير، وقيام نزاع في شأن هوية الساحب خلافا للنص الحالي الذي سكت عن ذلك[65](2).

ويكون من الفائدة أن نشير إلى أن القانون الفرنسي تشدد في زجر جريمة تزوير التوقيع في الكمبيالات أو السفاتج، إذ عاقب هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من 1000 فرنك إلى 120.000 فرنك فرنسي[66] مع احتمال الحرمان من الحقوق الوطنية لمدة تتراوح ما بين 5 و 10 سنوات، والمنع من الإقامة.

65. جانتان : المرجع السابق، صفحة 141، فقرة 267.

65(2). تقرير لجنة مجلس النواب للاقتصاد والتجارة والصناعة والشغل وشؤون المهاجرين لمجلس النواب الولاية التشريعية 93-99 – السنة الثالثة دورة أبريل 1996 ص 152.

66. الفرنك الفرنسي كان أقل من الدرهم المغربي، أما في الظروف الحالية فقيمته أكبر من الدرهم.

ويجوز أن تُسْحب الكمبيالة بواسطة وكيل، كسحب المدراء والمتصرفين لسفاتج نيابة عن الشركات، وتخضع هذه العلاقة لأحكام الوكالة.

ويسوغ أن تُسْحب الكمبيالة لحساب الغير كذلك، أي لحساب شخص آخر، ويضفي هذا السحب نوعا من السرية على أطراف العلاقة، حيث نكون إزاء ساحب ظاهر يخفي وراءه ساحبا حقيقيا. ويعتبر الساحب الظاهر ساحبا اعتياديا يتحمل بضمان الوفاء والقبول – في الحدود التي رسمناها سابقا – تجاه الحامل والمظهرين، وتكون صورة هذه السفتجة كالآتي «ادفع مقابل هذه السفتجة المسحوبة لحساب عمر الاندلسي مبلغ 1000 درهم لأمر زيد آيت القاضي»[66](2).

وننتقل بعد بيان وشرح البيانات الالزامية في الكمبيالة إلى الكلام ولو في عجالة عن أثر تخلف هذه البيانات على السفتجة، وعن الكمبيالة الناقصة، وعن مخالفة البيانات للحقيقة وتحريفها وتزويرها وذلك في البنود التالية :

البند الأول

الآثار المترتبة على تخلف بيان من البيانات الالزامية

يترتب على تخلف «omission» بيان واحد أو أكثر من البيانات الالزامية بطلان الالتزام الصرفي، أي بطلان الكمبيالة باعتبارها ورقة تجارية خاضعة لقانون الصرف.

ويعد هذا البطلان من النظام العام، يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويحتج به تجاه الحامل أو المستفيد، بصرف النظر عما إذا كان حسن النية أو سيئها -ويفقد الحامل حق الرجوع بالدعوى الصرفية، ولا يبقى أمامه إلا القانون العادي أو الدعوى العادية- ويثيره القاضي من تلقاء نفسه، شدة وقسوة قانونية يبررها احترام الشكل «le formalisme»، الذي لا يمكن للالتزام الصرفي أو الكمبيالة أن يكون صحيحا بدونه.

ولقد دفعت هذه الصرامة وما يترتب عليها من عواقب وأخطار التشريعات إلى التخفيف من حدتها بإدراج استثناءات هامة تروم الحفاظ على صحة الكمبيالة وبقاء الالتزام الصرفي ما أمكن حماية للائتمان التجاري.

66(2). وسوف نتعرض إلى الزجر الجنائي في القانون المغربي أثناء الكلام عن تزوير بيانات السفتجة. راجع أيضا ما قيل عن السحب بالنيابة والسحب لحساب الغير صحفة 52 إلى 56 من هذا الكتاب.

ولم يخل القانون المغربي من هذه الاستثناءات، سواء في صيغها القديمة (قانون 12 غشت 1913 المنسوخ) أو في صيغها الجديدة (قانون 13 ماي 1996). ولكن القانون الجديد تميز بزيادة حالات الاستثناءات التي رُفعت من ثلاث إلى أربع، تتعلق بتاريخ الاستحقاق (المادة 160 ف1)، ومكان الوفاء (المادة 160 ف2 و ف3) ؛ ومكان الإنشاء (ف4 و ف5)، وتاريخ الإنشاء[67] (المادة 160 ف6)، وزاد القانون الجديد الصياغة جمالا ودقة بإعمال نظرية تحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح من نوع آخر (المادة 160 ف7).

ولم يقف التطور والتعديل -بناء على اقتراحاتنا- عند هذا الحد، بل تم التضييق من فرص ومفاجآت حالات البطلان، وذلك بإضافة «المكان الذي يزاول فيه المسحوب عليه نشاطه أو موطنه» تغطية لتخلف مكان الوفاء ؛ وإضافة «موطن الساحب» تغطية لتخلف مكان الإنشاء ؛ وابتداع حالة جديدة لتفادي البطلان عند تخلف بيان تاريخ الإنشاء وهي : «إذا لم يُعيَّن تاريخ إنشاء الكمبيالة يعتبر تاريخ الإنشاء هو تاريخ تسليم السند إلى المستفيد ما لم يرد في السند خلاف ذلك.»

ويترتب، بناء على القواعد الجديدة، على تخلف بيان واحد أو أكثر من البيانات الإلزامية بطلان الكمبيالة، وبالتالي الالتزام الصرفي، ماعدا في أربع حالات هي التالية :

1- إذا لم يُعَيَّن في الكمبيالة تاريخ استحقاقها «l'échéance» تعتبر مستحقة بمجرد الاطلاع «payable à vue» أي تعتبر أداة للوفاء الفوري فحسب، شأنها في ذلك شأن الحوالة البنكية أو الشيك، الذي يكون دائما وأبدا واجب الدفع بمجرد الاطلاع (المادة 160[68] فـ1 و267 من قانون التجارة الجديد).

2- إذا لم يُعين في الكمبيالة مكان الوفاء «lieu de paiement» ؛ فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه -إن وُجد- يعد مكانا للوفاء وفي الوقت نفسه موطنا للمسحوب عليه، ما لم يرد في السند خلاف ذلك (المادة 160 ف3) ؛ وإذا لم يُعين مكان بجانب المسحوب عليه، يعتبر مكانا للوفاء المكان الذي يزاول فيه المسحوب عليه نشاطه أو موطنه (المادة 160 ف4).

67. التي لم يكن لها وجود في القانون القديم.

68. وجاء في مطلع هذه المادة : «السند الذي يخلو من أحد البيانات المشار إليها في المادة السابقة لا يصح كمبيالة إلا في الحالات الآتية ...».

ويتبين بوضوح أن المشرع بذل جهدا محمودا لتفادي بطلان الكمبيالة ؛ كأداة للصرف وللوفاء والائتمان، لتخلف بيان مكان الوفاء، آتيا بثلاثة بدائل متسلسلة، كل واحد منها يغني عن الآخر عند وجوده، وتكتمل الحماية للكمبيالة وبالتالي للحملة أو المستفيد بوجود واحد منها فقط أو بوجودها مجتمعة وهي : «المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه» و «المكان الذي يزاول فيه المسحوب عليه نشاطه» و «موطن المسحوب عليه» وبعبارة أخرى ؛ لم يعد تخلف مكان الوفاء يبطل الكمبيالة إلا إذا خلا السند من مكان الوفاء، ومن كل البدائل أعلاه كلها أو مجتمعة، وهذا احتمال نادر الوقوع.

وهكذا تبطل الكمبيالة لتخلف بيان مكان الوفاء، إن لم يُعين مكان بجانب المسحوب عليه ؛ أو لم يكن للمسحوب عليه مكان يزاول فيه نشاطه ؛ أولم يكن له موطن.

3- إذا لم يُعَيَّن في الكمبيالة مكان إنشائها «le lieu de sa création» تعتبر منشأة في المكان المذكور إلى جانب اسم الساحب (المادة 160 ف5) ؛ وإذا لم يعين مكان بجانب اسم الساحب فإن الكمبيالة تعتبر منشأة بموطنه (المادة 160 ف6).

ولقد حسَّن المشرع الصياغة، أولا إذ جعلها أكثر انطباقا مع سياق النصوص الأخرى، فالتشريع القديم (المادة 128 من قانون 12 غشت 1913) لم تكن تشترط بيان «اسم الساحب» وإنما اكتفت بالنص على توقيعه، ولذلك كان الاعتماد في ظلها على المكان المذكور إلى جانب اسم الساحب، الذي لم يُفرض بيانه يثير التشكك والحيرة والاضطراب، وإن قادنا اجتهادنا السابق[69]، إلى جعل الاسم المذكور إلى جانب توقيع الساحب يغطي هذه الثغرة، ما لم يكن الساحب قد قام عن طواعية واختيار بوضع اسمه وتوقيعه في وقت واحد على ذات الكمبيالة ؛ ولكن قانون التجارة الجديد قد سدَّ هذه الثغرة في الفقرة الثانية من المادة 159 التي جاء فيها : «اسم وتوقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب)».

أما الحكومة فقد بررت ذكر اسم الساحب إلى جانب توقيعه تبريرا معقولا آخر، يتجسد في الفائدة العائدة من ذكر اسم الساحب في حالة إصدار الكمبيالة لحساب الغير، وقيام نزاع في شأن هوية الساحب خلافا لسكوت النص الحالي (القديم الآن)

69. راجع كتابنا الوسيط : الجزء الثاني : الأوراق التجارية، طبعة 1989، صفحة 47.

عن ذلك[69](2).

ولم يكتف المشرع بتحسين الصياغة، وإنما جعل البدائل اثنين بدل بديل واحد كان يسود في ظل القانون القديم تضييقا وتقليصا لحالات البطلان ؛ خاصة عند عدم بيان مكان الإنشاء، فالبديل الأول «المكان المذكور إلى جانب اسم الساحب» ؛ والبديل الثاني «موطن الساحب»، وبعبارة ثانية، فتخلف بيان مكان إنشاء الكمبيالة لا يبطلها إلا عند عدم وجود مكان مذكور إلى جانب اسم الساحب، ولم يكن لهذا الأخير في الوقت نفسه موطن ؛ فالموطن عند وجوده يغني عن المكان المذكور إلى جانب اسم الساحب، والعكس بالعكس، وذكر مكان الإنشاء على ذات الكمبيالة يغني عن الاثنين معا بطبيعة الحال ؛ وكل ذلك بهدف تقليص البطلان.

وقد أضاف قانون التجارة الأردني حالة أخرى، وردت في الفقرة د من المادة 125، التي جعلت الاستثناء قطعيا، بمعنى، أن تخلف مكان إنشاء الكمبيالة لا يبطلها في أي حال من الأحوال، ما دام أن الكمبيالة تعتبر منشأة في المحل أو المكان الذي وقع فيه الساحب السند فعلا إذا لم يذكر مكان إلى جانب اسم الساحب ؛ وجاء في هذه الفقرة «سند السحب الخالي من ذكر مكان إنشائه يعتبر منشأ في المكان المعين بجانب اسم ساحبه ؛ وإذا لم يذكر مكان ساحبه صراحة في سند السحب فيعتبر مكان إنشائه في المحل الذي وقع فيه الساحب السند فعلا».

4- لقد ابتكر التشريع استثناء هاما، يحقق هدفين هامين وحيويين ؛ يتعلق بتخلف بيان أو ذكر تاريخ إنشاء الكمبيالة. يحقق الهدف الأول وجود هذا التاريخ فعلا لماله من الأهمية في تحديد أهلية الساحب، وتحديد تاريخ الاستحقاق، وبيان فترة أو تاريخ توقيع الكمبيالة في حالة مساطر معالجة الصعوبات التي تعترض المقاولة وغيرها[70]، بمعنى، معرفة ما إذا كان التوقيع قد وُضع في فترة ما قبل التوقف عن الدفع، أو بعد تاريخ التوقف عن الدفع، أو بعد حكم فتح المسطرة. ويحقق الهدف الثاني تقليص حالات بطلان الالتزام الصرفي أوالكمبيالة لماله من أخطار على الائتمان.

69(2). تقرير لجنة مجلس النواب للاقتصاد والتجارة والصناعة والشغل وشؤون المهاجرين، الولاية التشريعية 93-1999 ؛ السنة الثالثة دورة أبريل 1996 صفحة 152.

70. راجع ما قيل عن تاريخ إنشاء الكمبيالة صفحة 74 إلى 77 من هذا الكتاب.

وتحقيقا لهذين الهدفين أتى التشريع ببديل لعدم تعيين تاريخ إنشاء الكمبيالة وهو «تاريخ تسليم السند إلى المستفيد» على شرط ألا يرد في السند خلاف ذلك، وبصياغة المادة 160 ف7 «إذا لم يعين تاريخ إنشاء الكمبيالة يعتبر تاريخ الإنشاء هو تاريخ تسليم السند إلى المستفيد ما لم يرد في السند خلاف ذلك».

وتميز القانون الأردني عن غالبية التشريعات، وعن اتفاقية جنيف الموحد باستثناء فريد من نوعه يخص بيان «تسمية كمبيالة مدرجة في نص السند ذاته وباللغة المستعملة للتحرير» ؛ إذ لم يجعل، على خلاف باقي التشريعات، من تخلف هذا البيان بطلان الكمبيالة متى كان المعنى المستخلص من المتن يدل على أنه سند سحب[71]. ويتجلى هذا في الفقرة «ب» من المادة 125 التي جاء فيها : «إذا خلا متن سند السحب من ذكر كلمة سند سحب أو بوليصة أو سفتجة، وكان المعنى المستخلص من المتن يدل على أنه سند سحب فيعتبر كذلك».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فتجعل تسمية «سفتجة دولية» (اتفاقية لجنة[72] الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)» في العنوان والنص معا بيانا إلزاما وضروريا لتطبيق هذه الاتفاقية، فإن تخلفت هذه التسمية فلا تطبق هذه الاتفاقية استنتاجا، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى : «تطبق هذه الاتفاقية على السفتجة الدولية عندما تحمل عنوان «سفتجة دولية» (اتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)» وتحتوي أيضا في نصها، على عبارة «سفتجة دولية» (اتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)».

ويتبين من التحليل أعلاه، أن تخلف بيان واحد أو أكثر من البيانات الإلزامية، يؤدي إلى بطلان الكمبيالة ككمبيالة، كالتزام صرفي، أو باعتبارها ورقة تجارية للصرف والوفاء والائتمان -ما عدا في حالة الاستثناءات الأربع المشار إليها سابقا- إلا أن هذه الكمبيالة أو السفتجة الباطلة، قد تتحول إلى تصرف صحيح من نوع آخر إن توفرت شروطه -بناء على نظرية تحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح، إن توفرت شروط تلك النظرية التي تنص عليها المادة 309 من قانون الالتزامات والعقود[72](2)- كأن تتحول الكمبيالة إلى سند إذني أو للأمر مثلا، ويحدث ذلك إذا

71. يطلق سند السحب في الأردن على الكمبيالة.

72. ونتشرف بتمثيل المملكة المغربية في هذه اللجنة.

72(2). وقد نصت هذه المادة على أنه : «إذا أبطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط مايصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير».

كانت الكمبيالة باطلة لعدم ذكر تسميتها على ذات السند، وكانت هذه الأخيرة أي الكمبيالة الباطلة لتخلف هذا البيان الالزامي محررة للإذن أوالأمر، وكان الساحب فيها هو في الوقت نفسه المسحوب عليه، لأن السند الإذني أو للأمر «billet à ordre» يحرر دائما للاذن أو الأمر، ويتكون من شخصين هما المحرر أو المتعهد «souscripteur» والمستفيد «bénéficiaire» ؛

وقد تتحول الكمبيالة الباطلة إلى مجرد سند أو محرر عاد، رسمي أو عرفي، تجاري أو مدني حسب الأحوال ؛ كان تبطل الكمبيالة لتخلف بيان اسم من يجب الوفاء له أو لأمره أي المستفيد (المادة 159 ف 6) ؛ فلا تتحول في هذه الحالة إلى سند إذني أو للأمر لأن ذكر اسم المستفيد أو من يجب الوفاء له أو لأمره من البيانات الإلزامية التي يؤدي تخلفها إلى بطلان السند لأمر أيضا (المادة 232 ف5) ؛ إذن فلا مناص في هذه الحالة، ولو كانت الكمبيالة محررة للأمر أو الإذن صراحة ؛ وأن الساحب فيها هو ذات المسحوب عليه ؛ من تحولها إلى مجرد سند عاد، وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 160، التي تُعَدُّ تجديدا وتركيزا للمبادىء المستقرة فقها وقضاء ؛ والتي جاء فيها : «تعتبر الكمبيالة التي ينقصها أحد البيانات الإلزامية، غير صحيحة، ولكنها قد تعتبر سندا عاديا لإثبات الدين، إذا توفرت شروط هذا السند».

وقضت محكمة الاستئناف بالرباط -تطبيقا لهذه القواعد في ظل القانون القديم- بتاريخ 21 يناير 1959، بأن عدم انتظام البيانات القانونية يبطل الكمبيالة ككمبيالة، كما هو الشأن في تحديد تاريخ استحقاق سابق لتاريخ الإنشاء أو التحرير، إلا أن هذه الكمبيالة الباطلة تكون بمثابة اعتراف بدين، والقاعدة أن لكل التزام سببا موجودا ومشروعا، ويقع على المدين المطالب بالدفع أن يثبت انعدام السبب أو عدم مشروعيته»[73].

وقد أخذ القانون المصري بموقف غريب، إذ اعتبر الكمبيالات أو السفاتج الباطلة كأوراق تجارية، إن كتبت بين تجار أو لأعمال تجارية، وبعبارة أخرى جعلها تخضع لقانون الصرف، وتقبل التداول.

وقد انتقد الفقه هناك هذا المسلك الذي لا يفرق بين الكمبيالة الصحيحة والكمبيالة الباطلة أو المعيبة، ويلغي بصورة غامضة نظام الجزاء الذي يترتب على تخلف البيانات الالزامية التي تحدد إطار الشكل الذي ينبغي أن تفرغ فيه السفتجة أو

73. مجلة الأحكام المغربية «la gazette» عدد 1266 لسنة 1960 - 1961.

الكمبيالة، وحاول البعض كمصطفى كمال طه أن ينقص ما أمكن من عيوب هذا الموقف الذي نعتبره عشوائيا -القانون المصري لا يعمل بالقانون الموحد- واضعا شرطين لتطبيق النص هما :

أ) أن تتوفر الكمبيالة على الخصائص العامة للأوراق التجارية بأن تضمن دفع مبلغ من النقود، وأن تكون قابلة للتداول بالتظهير أو التسليم وغيرهما.

ب) أن تكون الورقة محررة بين تجار أو لأعمال تجارية[74].

وقد نصت المادة 108 على الأحكام أعلاه، التي اعتبرناها غريبة، وعشوائية وغامضة حيث جاء فيها : «الأوراق الموصوفة بوصف كمبيالة، ولم تكن مستوفية للشروط السالف ذكرها... تعتبر سندات عادية، إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه السندات، ومع ذلك يجوز نقلها من يد إلى يد بطريق التحويل، وتعتبر مثل الأوراق التجارية إذا كتبت بين تجار أو لأعمال تجارية».

البند الثاني

الكمبيالة الناقصة

يقصد بالكمبيالة الناقصة أو الكمبيالة على بياض، تلك الكمبيالة التي يتفق أطرافها مسبقا على عدم ذكر بعض بياناتها الالزامية عند الإنشاء أو التحرير، على أن تكمل أو تضاف في المستقبل، وهي بهذه الصفة تتميز عن الكمبيالة المعيبة، أي تلك التي ينقصها بيان من البيانات الإلزامية عند الإنشاء دون أن تتجه نية الأطراف إلى تكملة هذه البيانات في الحاضر أو المستقبل.

74. المرجع السابق فقرة 49، أما محكمة النقض – الذي يدرج طه حكمها – فقد سايرت النص التشريعي لا التفسير الفقهي إذ جاء في قِرارها «ومن حيث الأوراق المشتبهة بالكمبيالة – ولكن لا تعد كمبيالة لعوار فيها – حكمها أنها وإن كانت مستوفية العناصر اللازمة لذلك تكون سندات عادية. إلا أن تكون صادرة بين تجار أو لأعمال تجارية، فإنها حينئذ تعتبر أوراقا تجاريا طبقا للمادة 108 من قانون التجارة أي تجري عليها أحكام القواعد العامة للأوراق التجارية، مثل سريان التقادم الخمسي، والتداول بطريق التظهير، وعدم الاحتجاج على حاملها بالدفوع التي للمدين على المظهرين السابقين دون الأحكام الأخرى للكمبيالة مثل عمل البروتستو، وضمان الوفاء بطريق التضامن في حق ساحبها والمسحوب عليه، والمحيل وما لحاملها من حقوق وما عليه من واجبات... الخ فإنها خاصة بالكمبيالة الصحيحة، ولا يمكن بداهة أن تسري على تلك الأوراق التي ليست كمبيالات في عرف القانون».
هذا واعتبر الفقه هذه التفرقة تحكمية خارجة عن إطار النص.

وإذا كانت الكمبيالة المعيبة تعتبر باطلة -عدا في حالات الاستثناءات السابقة- فإن الخلاف على أشده فيما يتعلق بالكمبيالة الناقصة، إلا أن الرأي الغالب يسلم بصحة هذه الكمبيالة الأخيرة لما لها من أهمية في الحياة العملية، ولأن العبرة أو الحكم بصحة الكمبيالة أو بطلانها عند أنصار هذا الرأي لا يتقرر بيوم إنشائها، وإنما بيوم تقديمها للوفاء.

ويترتب على اتفاق تسوية «la régularisation» العيب صحة الكمبيالة بأثر رجعي ؛ أي تعتبر وكأنها نشأت صحيحة منذ البداية أو النشأة على شرط الا يكون هذا التصحيح أو التسوية من طرف واحد أي بإرادة منفردة.

ولقد تساهل الاجتهاد القضائي الفرنسي في مسألة استنباط اتفاق التسوية أو التصحيح، وبمعنى آخر، أن أثر هذا التصحيح يجري بأثر رجعي سواء كان نتيجة لاتفاق صريح أو ضمني أو نتيجة عادات تجارية[75] متعارف عليها.

وقضت المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 21 مارس 1951 ؛ أن الكمبيالة التي لا تتضمن البيانات الإلزامية عند الاصدار أو السحب تعد مع ذلك صحيحة إذا اندثرت هذه الثغرات (العيوب) قبل تاريخ الاستحقاق[75(2)].

وقد نصت المادة 10 من قانون جنيف الموحد على حكم الكمبيالة الناقصة أو الكمبيالة على بياض بأنه : «إذا كانت السفتجة ناقصة عند سحبها، وتم إكمالها بعد ذلك خلافا للاتفاق الحاصل، فإن إكمالها على الوجه المذكور لا يمكن إيراده دفعا تجاه الحامل، ما لم يكن قد تملك السفتجة الموضوعة البحث بسوء نية أو كان قد ارتكب خطأ جسيما عند التملك»[76].

وقد أقرت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، هي الأخرى، نظرية الكمبيالة الناقصة في المادة 12 التي وضعت المبدأ، وجزاء تجاوزه أو خرقه ؛

75. جانتان : المرجع السابق، صفحة 144 فقرة 272.

75(2). المجلة المغربية للقانون سنة 1951 صفحة 458.

76. وقد أخذ القانون السويسري بنفس الحكم في المادة 1000 من القانون الفديرالي للالتزامات التي جاء فيها :

«si une lettre de change incomplète à l'émission, à été complétée contrairement aux accords intervenus, l'inobservation de ces accords ne peut pas être opposée au poeteur, à moins qu'il n'ait acquis la lettre de change de mauvais foi ou qu'en l'acquérant, il n'ait commis une faute lourde».

وجسدت المبدأ الفقرة الأولى من المادة 12 قائلة : يجوز استكمال الصك الناقص – الذي يشتمل على البيانات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة[77] 1، ويحمل توقيع الساحب أو قبول المسحوب عليه. أو الذي يشتمل على البيانات المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة[78] 1 والفقرة الفرعية د من الفقرة 2 من المادة 3، وإن كانت تنقصه بيانات أخرى من البيانات المنصوص عليها في المادتين 2 و 3، ويصبح الصك المستكمل على هذا النحو نافذ المفعول بوصفه سفتجة أوسندا؛

أما الجزاء في حالة استكمال الصك دون تفويض أو بشكل مخالف للتفويض المُعْطَى (الفقرة 2 من المادة 12) فيكون على الشكل التالي :

أ- يكون من حق الموقع الذي وضع توقيعه على الصك قبل استكماله أن يدفع بعدم وجود التفويض تجاه الحامل الذي كان يعلم ذلك وقت أن صار حاملا للصك ؛

ب- يلتزم الموقع الذي وضع توقيعه على الصك بعد استكماله بما ورد فيه من بيانات.

وأكدت ذلك أيضا الفقرة الأولى من المادة 42 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية أيضا، إذ جاء فيها : «يجوز للمسحوب عليه قبول السفتجة الناقصة التي تتضمن البيانات المذكورة في الفقرة 1 من المادة 1، قبل أن يوقعها الساحب، أو قبل إكمال بياناتها الأخرى ...».

ويأخذ القانون المغربي بالكمبيالة الناقصة ضمنيا، وكان ذلك بعد صدور قانون 20 يوليوز 1949، ذلك القانون الذي ألغى قانون 4 شتنبر 1947، الذي كان ينص على وجوب تحرير جميع بيانات الكمبيالة الإلزامية على ذات السند منذ إنشاء الكمبيالة.
أما القضاء المغربي فيعتبر الكمبيالة الناقصة أو على بياض كمبيالة صحيحة ولا تختلف في شيء عن أية كمبيالة أخرى، ويتضح هذا الاتجاه من قضاء محاكم الرباط الصادر بتاريخ 9 دجنبر 1952، الذي جاء فيه : «تعتبر سفتجة أو كمبيالة، الإثرة التي أنشأها أو حررها الساحب على بياض، ولم يدرج فيها اسم الحائز المستفيد «le nom du preneur bénéficiaire»، خاصة إذا كان الأمر يتعلق باسم بنك أو

77. السفتجة التي تحمل في العنوان والنص تسمية «سفتجة دولية» (اتفاقية الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي).
78. المتعلقة بالسند الاذني الدولي.

مصرف مستفيد، وقام البنك بملء هذا البياض باسمه عند القيام بخصم هذه الإثرة وفق تعليمات الساحب.

ويعتبر العمل بهذا الأسلوب عادة مألوفة، ومطابقا لروح القانون ابتداء من قانون 20 يوليوز الذي ألغى قانون 4 شتنبر 1947، الذي كان ينص على وجوب تحرير بيانات الكمبيالة الالزامية منذ إنشاء الكمبيالة»[79].

ولا يفوت الباحث، أن يشير إلى المادة 553 من القانون الجنائي، التي تعاقب بشدة كل من خان أمانة الائتمان على ورقة موقعة على بياض، إذ جاء فيها : «من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض ثم خان أمانتها، بأن كتب بسوء نية فوق التوقيع التزاما أو إبراء أو أي تصرف يمكن أن يمس شخص الموقع عليها أو ذمته المالية، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسة آلاف درهم.

وفي حالة ما إذا كانت الورقة لم تسلم إليه على سبيل الأمانة، فإنه يعاقب كمزور بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 357 أو 358 حسب التفصيلات المقررة فيهما».

البند الثالث

تحريف بيانات الكمبيالة وتزويرها وذكرها مخالفة للحقيقة

إذا حُرِّف بيان واحد أو أكثر من بيانات الكمبيالة الإلزامية «Altération» أو تعرض للتزوير، أو ذُكر مخالفا للحقيقة «l'inexactitude d'un mention» -كالإمضاء باسم شخص وهمي، أو تزوير التوقيع، أو الشطب والمحو والإضافة- فإن ذلك لا يؤثر على الكمبيالة كورقة تجارية أوالتزام صرفي، وإن كان يؤثر على الأفعال المُحرَّفة أو غيرها، فيبطل التوقيع المزور أو البيان المزور أو المحرف أو الوهمي. وبعبارة ثانية، أن بطلان أحد التوقيعات للتزوير أو غيره لا يؤدي إلى بطلان باقي التوقيعات الأخرى السليمة لاستقلال بعضها عن بعض أي لاستقلال التوقيعات. (طبقا للفقرة الثانية من المادة[80] 164).

79. نشر هذا الحكم في المجلة المغربية للقانون الصادرة بتاريخ فاتح يونيو 1953 صفحة 259، وكذلك في المرتب المغربي «جيريس كلاسور» ضمن الاجتهادات التالية للتقنين التجاري، وعلى الخصوص تطبيقا للمادة 139 منه.
80. راجع ما سبق بيانه أثناء الكلام عن توقيع الساحب.

ويقصد بالتحريف تغيير النص الأصلي، أو استبدال البيانات المدرجة في النص الأصلي دون اتفاق مسبق، أي الذي يقع بإرادة منفردة وفي غياب طرف أو الأطراف ودون علمه أو علمهم على واحد أو أكثر من بيانات الكمبيالة، كمحو بيان اختياري، أو إضافة بيان جديد، أو تغيير مبلغ الكمبيالة بالزيادة فيه أو النقصان، أو تاريخ الاستحقاق أو غيره، أو تاريخ التحرير.

ولقد تعرض الدكتور المرحوم العبيدي إلى طبيعة التحريف وبشكل واسع يحسن أن ندرجه هنا لأهميته، حيث قال : «التحريف كل تغيير في البيانات المذكورة في السفتجة بحيث لا يشمل إحلال اسم أو كلمة أو رقم محل آخر، بل حتى حذف بعض البيانات الاختيارية كشرط «ليست للأمر» و«بدون ضمان»، وإضافة شرط المحل المختار إلى النص الأصلي وغيرها. وقد تستعمل وسائل مختلفة للقيام بالتحريف في متن السفتجة كالحذف أو الشطب أو الإضافة أو الحك أو التمزيق أو التحشية أو استعمال المواد الكيماوية أو غيرها من الوسائل، ولا يهم كون التحريف ظاهرا أو غير ظاهر، كما لا يهم أن يقع التحريف في بيان واحد أو عدة بيانات، غير أن المهم في كل هذا أن تحافظ الورقة على البيانات الإلزامية للسفتجة من أجل أن تعتبر[81] كذلك».

ولا يعتد بالتحريف إلا إذا كان القانون يحرمه، أما الإضافة والتغيير اللذين يجيزهما القانون أو العادات التجارية فلا تعدان تحريفا كإضافة المظهر شرط أو بيان التقديم للقبول (المادة 174 [82] ف5)، أو نقص أجل التقديم من قبله (المادة 174 ف6 و ف7 [83])، أو تحلل المظهر من ضمان القبول والوفاء (المادة 169 ف1) -ما لم يرد شرط بخلاف ذلك- أو بإضافة «شرط عدم الضمان».

ويُعمل بنظرية التحريف، سواء وقع هذا الأخير على بيان إلزامي أو اختياري، صدر هذا الشرط أو البيان من موقع على الكمبيالة أو من الغير، وسواء كان البيان المحرف من وضع الساحب أو المظهر أو المسحوب عليه أو غيرهم.

ويقع عبء إثبات التحريف مبدئيا على من يدعيه أو يثيره، ويكون هذا الإثبات بكافة الوسائل لأن التحريف عمل من أعمال الغش الذي يفسد كل الأشياء.

81. راجع : الأوراق التجارية في القانون العراقي، الجزء الأول، مطبعة دار السلام ببغداد، صفحة 142، فقرة 118.

82. التي جاء فيها : «يجوز لكل مظهر، أن يشترط وجوب تقديمها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدونه، ما لم يكن الساحب قد صرح بمنع تقديمها للقبول».

83. وقد جاء في الفقرة السابعة مايلي «ويجوز للمظهرين أن ينقصوا من هذه الآجال...».

ويترتب عن التحريف جزءان مدني وجنائي :

أ- الجزاء المدني[84] (أو التجاري) :

لقد عمد القانون التجاري نفسه إلى تحديد هذا الجزاء، وذلك في المادة 227 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «إذا وقع تغيير في نص الكمبيالة، فإن الموقعين اللاحقين لهذا التغيير ملزمون بمقتضى النص كما هو بعد التغيير. أما الموقعون السابقون فيلزمون بما ورد في النص الأصلي».

وتُستنبط من هذه المادة النتائج التالية :

1- لا يترتب عن التحريف بطلان الكمبيالة، بل ان الكمبيالة المحرفة تبقى كمبيالة صحيحة لتوفرها على البيانات الإلزامية ؛

2- لا يجري أو يُحتج بالبيان المحرف أو المغير إلا تجاه الموقعين اللاحقين على الكمبيالة أي الذين وقعوا عليها بعد التحريف أو إدخال التغيير ؛ والذي عبر عنه المشرع «بالنص كما هو بعد التغيير» ؛

3- يبقى الموقعون السابقون -أي الذين وقعوا الكمبيالة قبل التحريف أو التغيير- ملتزمين بما ورد في النص الأصلي.

ولقد اعتبر الفقه والقضاء في فرنسا مثل هذه التفرقة الواردة في المادة 178 من قانون التجارة، المقابلة للمادة 227 من قانون التجارة المغربي الجديد، ليست مطلقة وإنما تخضع لاستثناءين هامين هما :

I- لا يسأل الموقع اللاحق للتحريف أو التغيير «le signataire postérieur à l'alteration» تجاه الحامل المتواطىء في الغش مع مرتكب التحريف ؟

II- قد يسأل الموقع السابق نفسه عن التحريف «le signataire antérieur à l'altération» تجاه الحامل متى كان هو الآخر، متواطئا مع مرتكب التحريف أو الغش أو جعل هذا الغش ممكنا لعدم احتياطه[85].

84. بالمعنى الواسع (المدني والتجاري).

85. جانتان المرجع السابق، صفحة 147 فقرة 276.

وقد تعرضت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية إلى نظرية التحريف واثباتها بنوع من التفصيل في المادة 35، وذلك على الشكل التالي :

1- في حالة إجراء تعديل مادي في نص الصك :

أ- يلتزم الموقع اللاحق لهذا التعديل بنص الصك المعدل ؛

ب- يلتزم المُوقِّع السابق على هذا التعديل بالنص الأصلي. على أن الموقِع الذي أجرى التعديل المادي أو صرح به أو وافق عليه يلتزم بالصك بعد التعديل.

2- يُفترض في كل توقيع على الصك أنه وُضع بعد إدخال التعديل المادي في نص الصك ما لم يثبت خلاف ذلك.

3- يعتبر التعديل ماديا إذا أدخل تعديلات على أي التزام مثبت في الصك لأي موقِّع.

ب- الجزاء الجنائي :

ولا يترتب عن التحريف بطلان الكمبيالة، بل أن الكمبيالة المحرفة تبقى كمبيالة صحيحة، إلا أن البيان المحرف أو المغير لا يسري أو يلزم سوى الموقعين على الكمبيالة بعد التحريف أو إدخال التغيير، أما الموقعون السابقون فيبقون ملزمين بمقتضى النص الأصلي.

ويمكن علاوة عن هذا الأثر المدني أو التجاري، أن يعاقب جنائيا من قام بالتغيير أو التحريف باعتباره ارتكب تزييفا أو تزويرا طبقا للمادة 357 من القانون الجنائي، إذا ارتكب هذا التزوير بإحدى الوسائل المشار إليها في المادة 354 من القانون الجنائي.

وهذه الوسائل هي التالية :

1- بالتزييف أو التحريف في الكتابة أو التوقيع ؛

2- باصطناع اتفاقات أو تضمينات أو التزامات أو إبراء أو بإضافتها في تلك المحررات بعد تحريرها ؛

3- بإضافة أو حذف أو تحريف الشروط أو التصريحات أو الوقائع، التي خصصت تلك المحررات لإثباتها أو الإدلاء بها ؛

4- بخلق أشخاص وهميين أو استبدال أشخاص بآخرين.

وقد تعرض قانون التجارة الجديد لحالات خاصة، معتبرا إياها تزويرا يخضع مرتكبها إذن للعقاب الجنائي حيث منعت المادة 173 ف3 في مادة التظهير تقديم تاريخ الأوامر، وإن حصل عُدَّ تزويرا.

ويكون مفيدا هنا التذكير بموقف الفقه والقضاء السوري، الرافض لتعميم مبدأ التزوير الخاص بالتظهير على باقي مؤسسات الكمبيالة حيث جاء في كتاب نهاد السباعي والأنطاكي ما يلي :

«على أنه ليس من الضروري، رغم اعتبار تاريخ السفتجة مصدرا في حق الغير، اتباع أصول الادعاء بالتزوير المنصوص عليه في المادة 40، وما يليها من قانون البيانات، بل يجوز إثبات عدم صحة هذا التاريخ بجميع طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية، هذا وقد أجمع الاجتهاد على عدم تطبيق أحكام المادة 437 من قانون التجارة، التي تعتبر تقديم التاريخ في التظهير تزويرا، على تاريخ إنشاء سند السحب باعتبار أن النصوص ذات الصفة الجزائية يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا»[86].

وعاقب القانون الجنائي فعلا وبشدة وقسوة كل شخص يحاول أن يرتكب تزويرا في محرر تجاري أو بنكي -والكمبيالة سند تجاري- بالوسائل المشار إليها أعلاه، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى عشرين ألف درهم، ويجوز علاوة على ذلك، الحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في المادة 40 و 26 من القانون[87] الجنائي وبالمنع من الإقامة لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وتصل هذه

86. المرجع السابق فقرة 545، وهو الاجتهاد نفسه الجاري به العمل في فرنسا، جانتان : المرجع السابق صفحة 145 فقرة 273.

87. وهي التالية :

1) عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف العمومية وكل الخدمات والأعمال العمومية.

2) حرمان المحكوم عليه من أن يكون ناخبا أو منتخبا، وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية والسياسية ومن حق التحلي بأي وسام.

3) عدم الأهلية للقيام بمهمة عضو محلف أو خبير، وعدم الأهلية لأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم أو الشهادة أمام القضاء إلا على سبيل الاخبار فقط.

4) عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده.

5) الحرمان من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش والقيام بالتعليم أو إدارة مدرسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب.

العقوبة إلى ضعف الحد الأقصى المشار إليه في الفقرة الأولى، إذا كان مرتكب الجريمة صاحب مصرف أو مدير شركة (المادة 357 من القانون الجنائي).

وعاقب القانون نفسه في المادة 359 بالعقوبة نفسها من يستعمل الورقة المزورة مع علمه بتزويرها.

وتختلف صورية البيانات أو ذكرها على خلاف حقيقتها ؛ عن تخلف بيان من بيانات الكمبيالة ؛ فصورية البيان عند الفقه عيب خفي لا يبطل الكمبيالة، وإنما يجعلها خاضعة لنظرية الصورية في القانون المدني (قانون الالتزامات والعقود) أما تخلف البيان فهو عيب ظاهري[88] يجعل الكمبيالة باطلة.

ويتبين من هذا التحليل أن البيان الصوري كالبيان المعيب يؤثر على الكمبيالة وإن كان يجعل الكمبيالة خاضعة للقانون العادي، إلا أن القواعد المطبقة عليهما تختلف في الكمبيالة الصورية عن الكمبيالة المعيبة ؛ فالأولى تخضع لنظرية الصورية «la simulation» والثانية تخضع لنظرية البطلان، وذلك مع فارق جذري وجوهري، وهو أن قانون الصرف يجعل تخلف بيان من البيانات الإلزامية -البيان المعيب- يبطل الكمبيالة (المادة 160) ماعدا في حالات الاستثناءات المحددة على سبيل الحصر، أما قانون الالتزامات والعقود فلا يجعل الصورية سببا من أسباب بطلان التصرفات.

وإذا كانت الكمبيالة المعيبة لتخلف بيان من بياناتها الإلزامية لا تخضع لقانون الصرف نهائيا، باعتبارها كمبيالة غير صحيحة ؛ وإنما قد تعتبر مجرد سند عاد لإثبات الدين إن توفرت شروط هذا السند (الفقرة الأخيرة من المادة 160) ؛ فإن الكمبيالة الصورية تخضع لقانون مزدوج، قانون الصرف باعتبارها كمبيالة صحيحة، أو كما قال جانتان : الأصل أن تكون البيانات الإلزامية متوفرة دون الغوص في معرفة حقيقتها أو صحتها «on comprend alors que la convention de Geneve ait écarté la sanction de nullité; l'essentiel est l'existence de mentions obligatoires ; il n'y pas lieu de vérifier leur véracité»[89].

وتخضع هذه الكمبيالة التي تحمل بيانات ذُكرت مخالفة للحقيقة من جهة أخرى

88. جانتان المرجع السابق، صفحة 145 فقرة 273.

89. المرجع السابق، صفحة 145، فقرة 273.

للقانون العادي المنظم للصورية[90]، الذي حددت معالمه المادة 22 من قانون الالتزامات والعقود، عندما لا تتعارض مع قواعد الصرف المنظمة للكمبيالة.

ونتساءل الآن، عن الأثر الناشيء عن صورية أحد البيانات أو ذكره مخالفا للحقيقة، أو صورية الكمبيالة ككل ؟

ويختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان المعني بالأمر أحد المتعاقدين، أو أحد الأطراف المتفقة على إخفاء البيان أو الشرط، أو كان من الغير -الحامل أو المستفيد- مثلا.

1- آثار الصورية بين أطراف العلاقة أو المتعاقدين : يعتد فيما بين المتعاقدين أو أطراف العلاقة وورثتهما بالاتفاقات السرية المعارضة، سواء انصبت على الكمبيالة أو على بيان من بياناتها، الذي ذكر على غير حقيقته. وبمعنى آخر ؛ أن الاتفاق السري أو البيان السري يجري في حق هؤلاء المتعاقدين وورثتهما طبقا للمادة 22 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما ...».

2- آثار الصورية تجاه الغير «tiers» : يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الغير -الحامل أو المستفيد- حسن النية أو سيء النية. فإذا كان هذا الغير حسن النية، أي لم يكن له علم بالصورية، فلا يحتج بها عليه، أي يكون من حقه أن يتمسك بالبيان الظاهر، أما -بالمقابل- إذا كان هذا الغير سيء النية، أي يعلم بصورية البيان، فيحتج به ضده. ويعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لأحكام المادة 22 التي جاء فيها : «... فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها، ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذه المادة».

90. وقد عرفها الدكتور مامون الكزبري بقوله : «إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي» وهي إما صورية مطلقة أو صورية نسبية، وتكون الأولى كذلك، عندما يبطل العقد المنظم في السر كل أثر للعقد المنظم في العلانية، وتقتصر الثانية على إخفاء ماهية العقد أو شرط من شروطه – وهو ما ينصب غالبا على الكمبيالة – الدكتور مامون الكزبري نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي – الجزء الأول : مصادر الالتزامات طبع في بيروت في 20 يناير 1968، صفحة 349 إلى 359 .

ولا يرد على تطبيق هذه القواعد سوى استثناء وحيد يُبطل الكمبيالة، وهو حالة ما إذا كانت الصورية أو عدم ذكر البيان الحقيقي -وإدراج بيان غير حقيقي أو صوري بدلا منه- إخفاء لبيان أو شرط إلزامي جوهري لا يمكن بدونه للكمبيالة أن تكون صحيحة كذكر تاريخ خاطىء، كتاريخ لإنشاء الكمبيالة إخفاء لنقص أهلية الساحب[91] الموقع، أو إدراج اسم وهمي أو وضع توقيع مزور للساحب، أو إدراج اسم مسحوب عليه وهمي (المادة 164 من قانون التجارة الجديد).

وقد يقوم إلى جانب الجزاء المدني – التجاري جزاء جنائي يتعلق بالتزوير واستعماله (المواد 357 و 354 و359 من القانون الجنائي) كذلك.

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، وإن اعترفت باحتمال وقوع الصورية أو ذكر البيانات الخاطئة، فإنها تجنبت وضع الجزاء مدنيا كان أو جنائيا اللازم لتصحيح الأوضاع، وحسنا فعلت، لأن هذا العمل من أعمال السيادة.

ويتبين هذا النهج من الفقرة الثالثة من المادة الثانية التي جاء فيها : «لا تتناول هذه الاتفاقية مسألة الجزاءات التي يجوز فرضها وفقا للقانون الوطني في الحالات التي يحرر فيها بيان خاطىء أو غير صحيح على صك من الصكوك، فيما يتعلق بمكان أشير إليه في الفقرة 1 أو 2 من هذه المادة، على أن أيا من تلك الجزاءات لا يؤثر في صحة الصك أو في تطبيق هذه الاتفاقية».

ونصت المادة 34 من اتفاقية الأمم المتحدة كذلك، على أنه : «لا يلتزم الشخص الذي زُور توقيعه بالتوقيع المزور. على أنه إذا كان هذا الشخص قد قبل الالتزام بالتوقيع المزور، أو أقر بنسبة التوقيع إليه، فإنه يكون مسؤولا كما لو كان قد وقع الصك بنفسه».

وخصص القانون المصري إحدى فقرات المادة 108 للصورية، أو ذكر بعض البيانات على خلاف الحقيقة، ورتب على صورية هذه البيانات فقدان الكمبيالة لصفتها كورقة تجارية وتحولها إلى ورقة عادية، ما لم تكن هذه الكمبيالة كتبت بين تجار أو لأعمال تجارية، إلا أن هذا القانون اقتصر على ذكر صورية الاسم أو الصفة، كما يتبين من محتوى الفقرة التي جاء فيها : «... الكمبيالات التي ذكر فيها على غير الحقيقة اسم أو صفة تعتبر سندات عادية إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه السندات، ومع ذلك يجوز نقلها من يد إلى يد بطريق التحويل وتعتبر مثل الأوراق التجارية إذا كتبت بين تجار أو لأعمال تجارية».

91. جانتان : المرجع السابق صفحة 145، فقرة 273.

المبحث الثاني

البيانات الشكلية الاختيارية

يقصد بالبيانات الشكلية الاختيارية البيانات التي ينشئها الأطراف بإرادتهم، أو تلك التي يتفقون عليها شريطة ألا تكون مخالفة لقانون الأوراق التجارية، وبالضبط هنا للقانون الذي يحكم وينظم الكمبيالة أو الالتزام الصرفي، وألا تكون أيضا مخالفة للبيانات الالزامية -ماعدا في الحالات الاستثنائية التي أشرنا إليها سابقا- أو منافية للنظام العام والأخلاق الحميدة.

وتؤدي هذه البيانات دورا حيويا في حياة الكمبيالة، لدرجة أن البعض منها يؤثر على الخصائص المميزة للكمبيالة ذاتها، وهو دافع حفز الفقه العربي والغربي إلى تقسيم هذه البيانات الاختيارية إلى نوعين :

أ- بيانات لا تؤثر على الكمبيالة.

ب- بيانات تؤثر على الكمبيالة.

أولا : البيانات التي لا تؤثر على الكمبيالة :

يكثر عدد هذه البيانات أو يقل حسب إرادة الأطراف، وقد انتشر وشاع منها في الحياة التجارية على الخصوص :

1- **اشتراط الفائدة** (المادة 162 من قانون التجارة الجديد[92]).

2- **السحب لحساب الغير** (المادة 161 من قانون التجارة الجديد [93]).

3- شرط تنبيه أو إخطار المسحوب عليه، أو عدم تنبيهه أو إخطاره بوجود الكمبيالة، ومبلغها وميعاد استحقاقها، وبالضمان الاحتياطي وغيره.

4- **شرط وصول القيمة** «clause de valeur fournie» أو سبب التزام الساحب قبل المستفيد، أو سبب العلاقة التي تربط بينهما، أي أن الساحب يأمر بالدفع لأن القيمة وصلته نقدا أو بضاعة مثلا.

92. راجع صفحة 63 إلى 66 من هذا الكتاب.
93. راجع صفحة 55 إلى 56 من هذا الكتاب.

وقد جعلت بعض التشريعات -خلافا لما سار عليه القانون المغربي- من بيان أو شرط وصول القيمة بيانا أو شرطا الزاميا، يترتب على تخلفه بطلان الكمبيالة، وهذه حالة التشريع التجاري المصري في مادته 105[94].

وتقوم إلى جانب التشريعات التي تفرض ذكر بيان «وصول القيمة» على ذات الكمبيالة تحت طائلة البطلان ؛ الممارسة العملية التي بدأت تفرض مثل هذا البيان أو الاشتراط، رامية من وراء ذلك إلى تقوية الضمان الصرفي، حيث يطمئن أطراف العلاقة أو الحملة إلى شرعية السبب فيقبلون على التعامل بالكمبيالة دون خوف من المفاجآت، فالسبب الظاهر ييسر معرفة ما إذا كان هذا الأخير مشروعا أم غير مشروع؛ وإن حدث أن كان السبب الظاهر «وصول القيمة» غير مشروع كانت الكمبيالة باطلة ؛ ويحتج بهذا البطلان حتى ضد الحامل أو الحملة ولو كانوا حسني النية، لأن عدم مشروعية السبب أضحى عيبا ظاهرا يلحق الالتزام الصرفي أو الكمبيالة ؛ ولكن هذا التصور النظري، القائم على الشفافية والصدق قلما يحدث، فالأطراف لا يلجأون -ما دام القانون المغربي، واتفاقية جنيف الموحد لا يفرضان عليهم ذلك- إلى إظهار السبب أو بيان «وصول القيمة» إلا إذا كان مشروعا ؛ لأنهم يدركون مسبقا أنه يبطل الكمبيالة ؛ وحتى إذا أرغموا على ذلك -في الدول التي تجعل بيان «وصول القيمة» إلزاميا- وكان السبب غير مشروع فيذكرون ولا شك سببا صوريا «وصول القيمة صوريا» أو غير حقيقي تفاديا للبطلان، فيخضع مثل هذا البيان غير الحقيقي إذا ثبت للقواعد المدنية المنظمة للصورية التي سبقت دراستها[95].

5- بيان مقابل الوفاء أو المؤونة أو الرصيد «la provision»، أي شرط بيان العلاقة التي تربط الساحب بالمسحوب عليه، تلك العلاقة التي بمقتضاها يوجه الساحب الأمر إلى المسحوب عليه بالوفاء أو أداء مبلغ الكمبيالة[96].

---

94. وقد انتقد بعض رجال القانون في مصر هذا الاشتراط، ونذكر منهم على سبيل المثال كمال طه، الذي يرى : «وبيان وصول القيمة عديم الجدوى ولا مبرر له، إذ لا يهم الغير الذي تنتقل إليه الكمبيالة معرفة السبب الذي من أجله حرر الساحب الكمبيالة لمصلحة المستفيد، لأن الذي ينتقل إلى الحامل هو دين الساحب قبل المسحوب عليه، وهو ما يعرف بمقابل الوفاء لا دين المستفيد قبل الساحب. وفضلا عن أن القانون المدني لا يشترط ذكر سبب الالتزام بل يفترض أن لكل التزام سببا مشروعا، والأولى أن يكون كذلك في الأوراق التجارية». المرجع السابق صفحة 41، فقرة 41.
95. راجع صفحة 98 إلى 100 من هذا الكتاب.
96. راجع صفحة 137 وماليها من هذا الكتاب.

ثانيا : البيانات التي تؤثر على الكمبيالة :

يخضع إدراج هذا النوع من البيانات كالنوع الأول لاتفاق الأطراف، إلا أنه يختلف عنه في أنه يؤثر على بعض الخصائص المميزة للكمبيالة، ونذكر من بين هذه البيانات :

1- بيان عدم التداول : وقد أشار إليه القانون بعبارة «ليست للأمر «non à ordre»، الذي يجعل الكمبيالة غير قابلة للانتقال إلا بطريقة الحوالة العادية وآثارها (المادة 167 ف 2 من قانون التجارة الجديد) وبمعنى آخر، أن الكمبيالة لا تنتقل في هذه الحالة بالطرق التجارية : التظهير والمناولة اليدوية.

2- شرط الرجوع بدون مصاريف : ويقصد بشرط الرجوع دون مصاريف «clause de retour sans frais» إعفاء الحائز المستفيد «le preneur bénéficiaire» من مصاريف إقامة احتجاج عدم الوفاء أو عدم القبول، أو البروتستو «Protêt» وهو ما نصت عليه المادة 200 في الفقرتين الأولى والثانية اللتين جاء فيهما:

«يجوز للساحب ولأي مظهر أو ضامن احتياطي أن يعفي حامل الكمبيالة عند مباشرة حقه في الرجوع، من إقامة احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء، إذا كتب على الكمبيالة شرط الرجوع بلا مصاريف أو «بدون احتجاج» أو أي شرط مماثل مذيل التوقيع ؛

لا يُعفي هذا الشرط حامل الكمبيالة من تقديمها داخل الآجال المعينة ولا من الإعلامات الواجب عليه توجيهها...»

ويتبين من التوضيحات أعلاه، أن شرط أو بيان الرجوع بدون مصاريف يعطل قاعدة الاحتجاج لعدم الوفاء أو البروتستو، التي لا يغني عنها أي إجراء آخر، ولا تخضع سوى لاستثناء وحيد يخص ضياع الكمبيالة (المادة 211 من قانون التجارة الجديد)، سواء كانت غير مقبولة أو مقبولة (المادتان 190 و 191 من قانون التجارة الجديد).

3- بيان أو شرط المكان أو المحل المختار « domicile d'un tiers » : ويهدف هذا الشرط أو البيان في الغالب إلى تسهيل تداول الكمبيالة بتقريب محل أو مكان أدائها، عندما يكون موطن المسحوب عليه بعيدا.

ولا يشترط بالضرورة، أن يكون موطن المسحوب عليه بعيدا – وإن كان هو الغرض الحقيقي من هذا البيان أوالشرط – بل يسوغ أن يكون الغير مقيما في موطن

المسحوب عليه ذاته، كان يكون أحد البنوك، أو مؤسسة مالية، أو شركة، أو عند شخص طبيعي عاد، أو أن يكون في موطن آخر، أي في مدينة غير مدينة المسحوب عليه، أو في دولة غير دولة المسحوب عليه.

وقد يُدرج هذا الشرط من قبل الساحب أو من طرف المسحوب عليه أثناء قبول الكمبيالة، ويفرض على الحامل أن يقدم الكمبيالة للوفاء في موطن هذا الغير وإلا عد مهملا ويفقد حقه في الرجوع الصرفي، إلا أن الدعاوى وغيرها من الإجراءات القضائية ينبغي أن توجه ضد المسحوب عليه المدين الرئيسي في الكمبيالة وليس ضد الغير.

ولقد نصت على هذا الشرط أو البيان الاختياري الفقرة الأخيرة من المادة 161، التي جاء فيها : «يجوز أن تكون الكمبيالة قابلة للأداء في موطن الغير، سواء في الموطن الذي يقيم فيه المسحوب عليه أو في موطن آخر».

4- بيان أو شرط عدم الضمان «clause sans garantie» : يؤثر هذا الشرط أو البيان على الضمان الصرفي، أو التضامن الصرفي الذي هو من مميزات الكمبيالة ؛ فالضمان الصرفي أو التضامن الصرفي يجعل جميع الموقعين على الكمبيالة من ساحبين، وقابلين لها -المسحوب عليهم القابلين- ومظهرين وضامنين احتياطيين يسألون على وجه التضامن نحو الحامل، الذي يحق له أن يوجه، دعوى الرجوع الصرفية ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم (المادة 201 ف1 و ف2 من قانون التجارة الجديد).

وشرط «عدم الضمان» يجعل الموقّع يتحلل من هذا الأثر أوالالتزام الصرفي، إلا أن هذا التحلل يختلف باختلاف أطراف العلاقة ؛ فالساحب يستطيع أن يتحلل من ضمان القبول فقط، بإدراج شرط «عدم ضمان القبول» أما ضمان الوفاء فمن النظام العام بالنسبة له، وكل شرط أو بيان يجعله يتحلل من ضمان الوفاء يكون لاغيا (المادة 165 من قانون التجارة الجديد) ؛ ويسوغ للمظهر، على خلاف الساحب، أن يتحلل من ضمان القبول -بإدراج شرط «عدم ضمان القبول»- ومن ضمان الوفاء -بإدراج شرط أو بيان «عدم ضمان الوفاء»- (المادة 169 من قانون التجارة الجديد) أما ضمان المسحوب عليه القابل فمن النظام العام باعتباره المدين الرئيسي في الكمبيالة من الدرجة الأولى. وبمعنى آخر، أن المسحوب عليه بمجرد القبول يلتزم بوفاء الكمبيالة عند تاريخ استحقاقها (المادة 178 من قانون التجارة) ولا يمكن له،

تحت أي ظرف أن يتحلل من هذا الضمان. أما الضامن الاحتياطي فيلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون (المادة 180 ف 7 من القانون الجديد).

ويجب أن يدرج بيان أو شرط «عدم الضمان» عندما يسمح به القانون على ذات الكمبيالة، تحت طائلة بطلان الشرط.

والغريب في الأمر، أن اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية أجازت حتى للساحب أن يتحلل من ضمان الوفاء إلى جانب تحلله من ضمان القبول، وإن علقت ذلك، حماية للضمان الصرفي وللحامل الشرعي على وجود موقع آخر ملتزم في السفتجة أو أصبح هذا الموقع ملتزما فيها ؛ طبقا للمادة 38 التي جاء فيها :

1- يلتزم الساحب بأن يدفع في حالة رفض قبول السفتجة أو رفض الوفاء بها، وبشرط عمل الاحتجاج اللازم، قيمة السفتجة لحاملها، أو لأي مظهر أو ضامن لمظهر يدفع قيمتها ؛

2- يجوز بموجب شرط صريح في السفتجة، أن يعفي الساحب نفسه من التزامه بقبولها أو دفع قيمتها، أو أن يحد من هذا الالتزام ؛ ولا يكون لهذا الشرط أي أثر إلا بالنسبة إلى الساحب. وأي شرط يعفي من الالتزام بالوفاء، أو يحد من هذا الالتزام لا يكون نافذا إلا إذا كان موقع آخر ملتزما في السفتجة أو أصبح ملتزما فيها».

5- بيان أو شرط التقديم الالزامي للقبول أو عدم التقديم للقبول : قد يلجأ الساحب إلى اشتراط تقديم الكمبيالة الزاميا إلى المسحوب عليه قصد القبول ؛ إذا كان هذا الأخير قد تلقى مقابل الوفاء أو المؤونة، وقد يشترط عدم التقديم للقبول إذا كان المسحوب عليه لم يتلق هذا المقابل أو المؤونة بعد. ونصت على كل ذلك المادة 174 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يجوز لحامل الكمبيالة أو لمجرد الحائز لها أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها. ويجوز للساحب أن يشترط في كل كمبيالة وجوب تقديمها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدونه. كما يجوز له أن يمنع تقديم الكمبيالة للقبول ...».

6- بيان أو شرط السحب بنظير واحد، فإن لم يرد بالكمبيالة مثل هذا الشرط، جاز لكل حامل أن يطلب تسليم نظائر متعددة منها على نفقته (المادة 222 من قانون التجارة الجديد).

الفصل الثالث

تداول الكمبيالة

La circulation de la lettre de change

إذا كانت الحوالة – المنصوص على قواعدها في المواد من 189 إلى 209 من قانون الالتزامات والعقود[1] – هي الأداة أو الوسيلة العادية لانتقال الحق أو الدين[2] «la créance» المدني، فإن التظهير «l'endossement» والتسليم اليدوي أو المناولة اليدوية «de la main à la main» يشكلان الأداة العادية لانتقال أو حوالة الحقوق التجارية[3]. وقد عبر القانون الأردني صراحة عن ميزة التداول هاته في الفقرة الأولى من المادة 123 التي جاء فيها : «الأوراق التجارية هي أسناد قابلة للتداول بمقتضى أحكام هذا القانون ...».

أما القانون العراقي الجديد لسنة 1984، فقد دمج هذه الخاصية أو الميزة في التعريف العام للورقة التجارية حيث جاء في المادة 39 : «الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة، يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصا آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين، ويكون قابلا للتداول أو المناولة».

ويعتبر تسليم الساحب الكمبيالة إلى المستفيد الحلقة الأولى في نظام التداول، وبمجرد ما يحوز المستفيد أو الحامل السفتجة يكون غالبا أمام ثلاث اختيارات هي التالية :

أ) خصم الكمبيالة لدى مصرف أو بنك، يملك بدوره حق خصمها لدى مصرف أو بنك آخر، وهو ما يعرف بإعادة الخصم.

ب) الاحتفاظ بالكمبيالة أو السفتجة إلى ميعاد أو تاريخ الاستحقاق، وتقديمها إلى المسحوب عليه للوفاء.

1. ونصت المادة 208 على ما يلي : «تخضع حوالة الكمبيالات، والسندات للأمر، والسندات لحاملها لأحكام خاصة». والأحكام التي نتناولها هنا هي التي يقصدها النص.
2. ويقابل الحق أو الدين «la créance» المديونية أو الديون «le débit».
3. وتقوم إلى جانب طرق أخرى كالارث والوصية وغيرهما. ولا يوجد ما يمنع أشخاص الكمبيالة من اللجوء إلى حوالة الحقوق العادية أو المدنية.

ج) نقل الكمبيالة إلى شخص آخر عن طريق التظهير أو عن طريق المناولة اليدوية إن ظهرت على بياض أو للحامل في القانون المغربي، أو عن طريق المناولة اليدوية إن كانت للحامل أو التظهير إن كانت لأذن المستفيد في القانون المصري.

ويتبين مما سبق أن المقصود بعبارة «تداول الكمبيالة بالطرق التجارية» انتقال الحق الثابت فيها أو مبلغها بطريقتين شائعتين في عالم الأعمال وفي حياتنا التجارية وغير التجارية[4] وهما :

1- التظهير.

2- التسليم اليدوي أو المناولة اليدوية.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة 13 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية التي جاء فيها : «يتم تداول الصك :

أ- بالتظهير والتسليم من المظهر إلى المظهر إليه : أو

ب- بمجرد تسليم الصك، إذا كان التظهير الأخير على بياض»

ويقصد بالمناولة اليدوية أن يقوم الساحب بتسليم السفتجة أو الكمبيالة إلى المستفيد، أو يقوم الحامل بتسليمها إلى حامل آخر يدا بيد «la remise de la main à la main» كما تنتقل سائر المنقولات المادية.

وإذا كانت طريقة المناولة اليدوية من أبسط الطرق، وأقل تعقيدا من التظهير -الذي يخضع لشكليات- فإنها أضعف وأقل ضمانا من هذا الأخير، لأن التظهير يستلزم بقوة القانون إمضاء أو توقيع المظهر (الفقرة 7 من المادة 167 من قانون التجارة الجديد) وإلا كان باطلا، وكلما تعدد المظهرون كلما ازداد الضمان أو التضامن الصرفي «la solidarité cambiaire» لأن جميع الموقعين على الكمبيالة يضمنون مبدئيا الوفاء بمبلغها في تاريخ الاستحقاق[5] ؛ زد على ذلك أن الكمبيالة المسحوبة أو المظهرة للحامل تكون أكثر تعرضا للسرقة، وأقل حماية وضمانا عند الضياع.

وقد جعلت الأخطار المحققة أعلاه، وضعف الضمان، نجم التظهير يتألق ونجم المناولة اليدوية يخبو، أي جعلت التجار ورجال الأعمال يفضلون التداول عن طريق

4. لأن التعامل بالأوراق التجارية انتشر حتى في الحياة المدنية.

5. وقد نصت المادة 169 تجاري على أنه : «يضمن المظهر القبول والوفاء ما لم يرد شرط بخلاف ذلك ...»

التظهير على التداول عن طريق المناولة اليدوية، بل أن هذه الأخطار جعلت القانون الموحد، والقانون المغربي الذي يأخذ عنه يمنعان إنشاء كمبيالة أو تحريرها للحامل، خلافا لما يجري به العمل في القانون المصري -لا يأخذ بالقانون الموحد- الذي نصت مادته 105 على أن الكمبيالة : «... تكون لحاملها أو تحت إذن شخص ثالث أو إذن نفس ساحبها يوضع عليها إمضاء الساحب أو ختمه ...».

ونص القانون المصري تطبيقا للقاعدة أعلاه في المادة 133 تجاري على أن : «الكمبيالة المحررة لحاملها تنتقل ملكيتها بمجرد تسليمها، أما ملكية الكمبيالة التي يكون دفعها تحت الاذن فتنتقل بالتحويل (التظهير)».

ويكون من المفيد أن نبرز الاختلاف بين القانون المغربي -وكذلك قانون جنيف الموحد الذي أخذ به القانون المغربي القديم والجديد- من جهة، والقانون المصري -الذي لا يأخذ بالقانون الموحد- من جهة أخرى، إذ القانون المصري يجيز أن تحرر الكمبيالة للحامل أو باسم المستفيد، وإذا خلت من ذكر اسم المستفيد اعتبرت للحامل «au porteur»[6]، وهذا يجعلها تنتقل للوهلة أو المرة الأولى عن طريق المناولة اليدوية إن كانت للحامل، أو خالية من ذكر اسم المستفيد، أو بالتظهير إن كانت تحت إذن اسم المستفيد، أما القانون المغربي فلا يجيز أن تنشأ أو تحرر كمبيالة للحامل، وإن حررت للحامل كانت باطلة -تطبيقا لمقتضيات الفقرة 6 من المادة 159 من قانون التجارة الجديد التي أوجبت ذكر اسم المستفيد أي اسم من يجب الوفاء له أو لأمره، أي جعلت منه بيانا شكليا يترتب على تخلفه بطلان الكمبيالة-، وهذا يمنع الانتقال الأول للحق الثابت في الكمبيالة، عن طريق المناولة اليدوية، أي لا يمكن أن ينتقل المبلغ لأول مرة أو وهلة إلا عن طريق التظهير.

ويلاحظ أن قانون التجارة المغربي، وإن كان يشترط لتنشأ الكمبيالة صحيحة أن يذكر فيها اسم المستفيد، فإنه يجيز من جهة أخرى أن تظهر للحامل أو على بياض، مما يجعلها تقبل فيما بعد الانتقال عن طريق التسليم اليدوي أو المناولة اليدوية – دون تظهير ودون توقيع – وفقا لمقتضيات المادة 167 من قانون التجارة الجديد، التي جاء في فقرتها 6 و 8 ما يلي : «... يعد التظهير «للحامل» بمثابة تظهير على بياض ... ويجوز أن لا يعين في التظهير اسم المستفيد كما يجوز أن يقتصر

6. نقض مدني صدر في 8 أبريل 1954، إذ اعتبرت المحكمة السند الاذني الخالي من ذكر اسم المستفيد كالسند لحامله تماما. راجع مصطفى كمال طه صفحة 46 على الهامش.

التظهير على توقيع المظهر (التظهير على بياض)، وفي هذه الحالة لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا على ظهر الكمبيالة أو على الوصلة[7]«allonge». وإذا كان التظهير على بياض جاز للحامل طبقا للمادة 168 من قانون التجارة الجديد :

1- أن يملأ البياض باسمه أو باسم أي شخص آخر.

2- أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو لشخص آخر.

3- أن يسلم الكمبيالة للغير دون ملء البياض، ودون تظهيرها (أي المناولة اليدوية).

ويظهر من كل ما سبق، أن التظهير أقوى وأضمن عملية في تداول الأوراق التجارية، وأن السفاتج وكل الأوراق التجارية تقبل الانتقال عن طريق التظهير، ولو لم تكن مسحوبة صراحة للأمر أو الإذن، إلا أن السفتجة أو الكمبيالة التي تحمل عبارة «ليست للأمر أو ليست للإذن أو أية عبارة أخرى موازية أو مشابهة» لا تنتقل بأية طريقة من الطرق التجارية، أي لا تنتقل لا بالتظهير ولا بالمناولة اليدوية، وإنما يتبع في انتقالها أسلوب التداول المدني أي حوالة الحق أو الدين «la créance» المنصوص عليها في المادة 195 من قانون الالتزامات والعقود ؛ وتكون الكمبيالة في هذه الحالة قد أعطيت للحامل أو المستفيد ليقوم شخصيا بتحصيل مبلغها، وإن أراد أن ينقل هذا الحق إلى غيره فلا يكون هذا التداول جائزا وصحيحا إلا إذا استخدمت الطرق العادية أو حوالة الحق طبقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة 167 من قانون التجارة الجديد، اللتين جاء فيهما :

- تنتقل الكمبيالة بطريق التظهير ولو لم تكن مسحوبة للأمر صراحة ؛

- تنتقل الكمبيالة عن طريق الحوالة العادية، وتخضع لآثارها متى أدرج الساحب فيها عبارة «ليست للأمر»، أو أية عبارة أخرى موازية لها.

ولقد تميزت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية باستعمال أكثر من بديل لعبارة «ليست للأمر» من جهة، وأجازت تظهير هذه الكمبيالة من جهة أخرى، إلا أن هذا التظهير لا يكون في هذه الحالة سوى للتحصيل، وذلك ما نصت عليه المادة 17 التي جاء فيها :

7. ونعتقد أن كلمة التظهير في اللغة العربية، مستوحاة من كون القانون أوجب على المظهر على بياض أن يضع إمضاءه على ظهر الكمبيالة أو وصلة ملحقة بظهرها – الاشتقاق – وإلا كان تظهيره تظهيرا باطلا.

1- إذا أدرج الساحب أو المحرر في الصك عبارة مثل «غير قابل للتداول» أو «غير قابل للتحويل» أو «ليس للأمر» أو «ادفعوا إلى فلان فقط»، أو أي عبارة أخرى مماثلة، فلا يجوز تداول الصك إلا لأغراض التحصيل، وأي تظهير، ولو لم يشتمل على عبارة تخول المظهر إليه تحصيل الصك، يعتبر تظهيرا لغرض التحصيل ؛

2- إذا اشتمل التظهير على عبارة «غير قابل للتداول» أو «غير قابل للتحويل» أو «ليس للأمر» أو «يدفع إلى فلان فقط»، أو على أي عبارة أخرى مماثلة، فلا يجوز تداول الصك بعد ذلك إلا لأغراض التحصيل، وأي تظهير لاحق، ولو لم يشتمل على عبارة تخول المظهر إليه تحصيل الصك، يعتبر تظهيرا لغرض التحصيل.

ونظرا لأهمية التظهير نتناوله في فرعين : نخصص الفرع الأول لتعريف التظهير، وشكله وشروطه ؛ والفرع الثاني لأنواع التظهير.

الفرع الأول

تعريف التظهير وشكله وشروطه

يطلق على المؤسسة القانونية التي نحن بصدد دراسة إشكاليتها التظهير، لأنه لم يكن يقع صحيحا عند ابتكاره إلا إذا وقع على ظهر الكمبيالة، واستمرت هذه الواقعة التاريخية ردحا كبيرا من الزمن، بمعنى، إن التظهير كيفما كان شكله وصيغته يجب أن يقع على ظهر الكمبيالة فقط، ولا زالت هذه التسمية حية في اللغة العربية خاصة، ولو أن التظهير بالصيغة -بالعبارة الدالة عليه- يمكن أن يقع على صدر أو وجه الكمبيالة أو ظهرها، إلا أن التظهير على بياض -دون الصيغة- لا يقع صحيحا إلا إذا وقع على ظهر الكمبيالة (المادة 167 و 168 من قانون التجارة الجديد).

يقصد بالتظهير كتابة عبارة على ظهر الكمبيالة أو على وجهها – أو صدرها – أو على وصلة أو ذيل «allonge»[8]، تفيد انتقال الحق الثابت فيها أو المبلغ من المستفيد المظهر إلى المظهر إليه وفقا لما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة 167 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يجب أن يقع التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها «وصلة» وأن يوقعه المظهر».

8. ورقة تضاف إلى الكمبيالة في حالة تزاحم أو تكاثر التظهيرات.

أما القانون العراقي الجديد فقد أضاف كلمة «ظهر» الورقة المتصلة بها في الفقرة الثانية من المادة 53 التي جاء فيها : «ويشترط لصحة التظهير في هذه الحالة الأخيرة أن يكون على ظهر الحوالة أو على ظهر الورقة المتصلة بها». ويقصد بذلك التظهير على بياض ؛ وبذلك كان أكثر دقة، وتميز بالوضوح.

ويدعي بعض الكتاب والباحثين ضرورة اشتمال الوصلة على بعض البيانات قائلين : «وحتى يتم إلحاق هذه الوصلة بالكمبيالة فعلا، فلابد من أن يذكر فيها خلاصة عن الكمبيالة التي ألحقت بها، كذكر المبلغ مثلا، واسم المستفيد، والمسحوب عليه»[8(2)].

ونعتبر هذه الأطروحة والادعاء غير صحيح ولا سليم وذلك للأسباب التالية :

1- إن ذكر هذه البيانات يزيل عن التظهير صفة التظهير على بياض، ويجعل منه تظهيراً بالصيغة، وتظهيرا شكليا أيضا، وفي هذه الحالة لا ضرورة لوروده على الوصلة بل يسوغ أن يقع حتى على صدر أو وجه الكمبيالة ؛

2- تجعل هذه البيانات من الوصلة كمبيالة ثانية بشروطها وبياناتها الأمر الذي يتنافى مع التظهير على بياض الذي ينبغي أن يقع على ظهر الكمبيالة أو وصلة ملحقة بها ؛

3- لا جدوى ولا فائدة من ذكر هذه البيانات ما دامت الوصلة تلحق بالكمبيالة وتلصق بها فيكفي لمعرفتها الاطلاع على صدر أو وجه الكمبيالة ؛

4- يؤدي إدراج البيانات إلى الخلط بين الكمبيالة الأصلية وبين الوصلة، ويزداد الأمر تعقيدا عند تضارب أو اختلاف البيانات بين الكمبيالة والوصلة،

5- قد يجعل ذكر البيانات من الوصلة نسخة من الكمبيالة ؛

6- يفقد التظهير على بياض طبيعته وغاية المشرع من إقراره، توخيا للبساطة وتفاديا للشكلية.

ويختلف التظهير التجاري الصرفي اختلافا جوهريا عن الحوالة العادية أو حوالة الحقوق، في أن انتقال الحق بالتظهير لا يتوقف على قبول المسحوب عليه أو

8.(2) ادرج هذه القولة الأستاذ بكور : الأوراق التجارية في القانون المغربي طبعة 1993، صفحة 69، استنادا إلى الأستاذ ادوار عيد الاسناد التجارية، بيروت 1966 ص. 227.

تبليغه أمر الانتقال تبليغا رسميا، بينما انتقال الحق بالحوالة لا يسري تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا، أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ (المادة 195 من قانون الالتزامات والعقود) ؛ وأن التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع – تجاه الحامل حسن النية – المبنية على العلاقات الشخصية وفقا للمادة 171[9] من قانون التجارة الجديد، بينما يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها (المادة 207 من قانون الالتزامات والعقود)[10]، وأن المظهر يضمن الوفاء والقبول ما لم يرد شرط بخلاف ذلك[11]، (الفقرة 1 من المادة 169 من قانون التجارة الجديد) بينما المحيل لا يضمن يسر أو يسار المدين إلا إذا كان قد أحال دينا على شخص كان معسرا عند إبرام الحوالة (المادة 204 من قانون الالتزامات والعقود) وغيرها من الاختلافات الكثيرة.

وإذا كان قانون التجارة قد ترك للمتعاملين حرية اختيار موقع التظهير -صدر الكمبيالة أو ظهرها أو وصلة- عندما نص على وجوب تحرير التظهير على الكمبيالة ذاتها -دون ذكر للظهر أو الصدر- فإنه قيد هذه الحرية في حالة التظهير على بياض -الذي يقتصر فيه على إمضاء أو توقيع المظهر- إذ أوجب أن يقع التظهير على ظهر الكمبيالة أو على الوصل وإلا كان هذا التظهير باطلا. (الفقرة 7 و 8 من المادة 167 من قانون التجارة الجديد).

وينبغي التنبيه هنا إلى أن المشرع -تأثرا بقانون جنيف الموحد- استلزم أن يقع التظهير على بياض على ظهر الكمبيالة أو على وصلة -متصلة بالكمبيالة- تفاديا للخلط بينه وبين الضمان الاحتياطي «l'aval» عندما يقع هذا الأخير بدوره على بياض، أي في حالة الاكتفاء بتوقيع أو إمضاء الضامن الاحتياطي، حيث يعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة، ما لم يتعلق

9. نصت المادة 171 على أنه : «لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب، أو بحامليها السابقين، ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين».

10. وقد جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة «... ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالصورية ولا بما وقع تبادله بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة من السند المنشيء للالتزام ولم يكن المحال له قد علم بها».

11. ويمكن للمظهر أن يمنع تظهيرا جديدا، وفي هذه الحالة لا يكون ملزما بالضمان تجاه من تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق (المادة 169 فـ2 من قانون التجارة الجديد).

الأمر بتوقيع المحسوب عليه أو الساحب (الفقرة الخامسة من المادة 180 من قانون التجارة الجديد).

ويعتبر التظهير على ورقة مستقلة تظهيرا باطلا كتظهير، سواء كان بالصيغة أو على بياض، وإن كان يمكن اعتباره التزاما عاديا خاضعا للقانون العادي المدني أو التجاري حسب الأحوال.

ولا يؤثر بطلان التظهير على الكمبيالة، أي أن بطلانه لا يؤدي إلى بطلانها، لأن التظهير يعتبر طريقة من طرق تداول الكمبيالة، وليس بيانا إلزاميا لإنشائها صحيحة.

ويمكن أن يقع التظهير حتى لفائدة المسحوب عليه، سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو لفائدة الساحب، أو لأي ملتزم آخر بها، ويمكن لهؤلاء الأشخاص جميعا أن يظهروا بدورهم الكمبيالة من جديد (الفقرة الثالثة من المادة 167 من قانون التجارة الجديد).

وقد يأتي التظهير في شكل التظهير الاسمي «endossement nominatif»، ويكون كذلك عندما يكتب المظهر اسم المظهر إليه، أو يأتي على بياض «en blanc» ويكون كذلك عندما لا يذكر المظهر اسم المظهر إليه، وإنما يكتفي بوضع إمضائه، أو يأتي للحامل «au porteur» ويكون كذلك عندما يكتب المظهر لفظة أو كلمة للحامل.

وقد عالجت المادة 168 من قانون التجارة الجديد مسالك التداول التي يمنحها التظهير على بياض عندما نصت على أنه :

يجوز للحامل في حالة التظهير على بياض :

أولا : أن يملأ البياض باسمه أو باسم أي شخص آخر.

ثانيا : أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو لشخص آخر.

ثالثا : أن يسلم الكمبيالة للغير دون ملء البياض ودون تظهيرها (المناولة اليدوية).

ويشترط في التظهير :

أ) أن يكون تاما أي شاملا لكل مبلغ الكمبيالة، أما التظهير الجزئي فيعد باطلا وكان لم يكن (الفقرة الخامسة من المادة 167).

ب) أن يكون ناجزا، ويقع باطلا وكان لم يكن كل اشتراط يكون من شأنه أن يجعل التظهير مقيدا أو معلقا على شرط (الفقرة الرابعة من المادة 167 من قانون التجارة الجديد).

ويلاحظ أن بطلان الشرط لا يؤدي إلى بطلان التظهير، ولا إلى بطلان الكمبيالة؛ وتختلف هذه الحالة عن حالة القيد الذي يرد أو يمس البيان الالزامي المنصوص عليه في الفقرة الثانية (المادة 159 من قانون التجارة الجديد) بحيث أن أي قيد أو شرط يرد على بيان «الأمر الناجز بأداء مبلغ معين» يجعل الكمبيالة باطلة[12].

ج- أن يحمل توقيع المظهر وأن يكون هذا التوقيع خطيا ما دام القانون لم يتجرأ على الإجازة الصريحة للوسائل الميكانيكية الأخرى، كالختم، أو القلم الكهربائي أو البرقي، مع أن الممارسة البنكية تفرض ذلك (الفقرة 7 من المادة 167 من قانون التجارة الجديد)[13].

د- أن يقوم على سبب مشروع وأن يكون محله هو موضوع أو محل الكمبيالة -أي تظهير المبلغ الثابت فيها- وأن يكون هذا المحل مشروعا.

ويشترط في المظهر أن يكون متمتعا بأهلية التصرف عامة، وبأهلية الالتزام بالكمبيالة خاصة، لأن هذه الأخيرة تعد عملا تجاريا أصليا، وأن يكون مالكا للكمبيالة.

وإذا كان الأصل أن يقع التظهير قبل ميعاد أو تاريخ الاستحقاق، فإن القانون أجاز للمتعاملين بالكمبيالة أن يظهروا هذه الأخيرة حتى بعد ميعاد أو تاريخ الاستحقاق، وتكون لهذا التظهير اللاحق الآثار نفسها التي تكون للتظهير السابق لميعاد الاستحقاق، إلا أنه إذا وقع التظهير اللاحق بعد احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، أو بعد فوات أو انصرام الأجل المعين لإجراء أو إقامة هذا الاحتجاج، فلا ينتج سوى آثار الحوالة العادية. (المادة 173 من قانون التجارة الجديد) وخاصة المادة 204 المتعلقة بعدم ضمان يسر المدين[14] والمادة 205 الخاصة بسقوط

12. ولم يشترط المشرع شروطا أخرى تتعلق بمكان التظهير وتاريخه وغيرهما من الشروط.
13. راجع تفصيل ذلك صفحة 76 إلى 83 من هذا الكتاب.
14. ونصت هذه المادة على مايلي : «لا يضمن المحيل يسار المدين، إلا إذا كان قد أحال دينا على شخص كان معسرا عند إبرام الحوالة، ويشمل هذا الضمان ثمن الحوالة الذي قبضه المحيل ومصروفات مطالبة المدين التي اضطر المحال له لانفاقها، ولا يمنع ذلك المحال له من الحق في تعويضات أكبر، في حالة التدليس الواقع من المحيل».

الضمان[15]، والمادة 207 التي تجيز للمدين أن يتمسك بالدفوع في مواجهة المحال له[16].

ولا شك أن الباحث يستطيع أن يتبين من مراجعة القواعد القانونية المنظمة للكمبيالة، أن المشرع لم يشترط بيان تاريخ حصول التظهير، وعلى ذلك فإن حدث أن خلت الكمبيالة من تاريخ التظهير اللاحق لميعاد أو تاريخ الاستحقاق فإنه يصعب معرفة ما إذا كان هذا التظهير قد وقع قبل أو بعد انصرام الأجل المعين لإجراء الاحتجاج أو البروتستو، مما دعا المشرع أن يحل هذه المشكلة أو الإشكالية بالنص في الفقرة الثانية من المادة 173 من قانون التجارة الجديد على أن التظهير بلا تاريخ يعد محررا قبل انصرام الأجل المعين لإجراء الاحتجاج ما لم يثبت خلاف ذلك، وأيدت الفقرة الثالثة من المادة نفسها هذه القاعدة إذ منعت منعاً قاطعا وفي جميع الأحوال، تقديم تاريخ الأوامر، وإن حصل عد تزويرا -مع بقاء مشكلة هل هو تزوير مدني أم جنائي قائمة- خاضعا للعقاب الجنائي المنصوص عليه في المادة 357 و 359.

الفرع الثاني

أنواع التظهير

توجد في الأصل ثلاثة أنواع من التظهير، التظهير التام أو الناقل للملكية، والتظهير التوكيلي، والتظهير التأميني، وسنخصص لكل واحد من هذه الأنواع مبحثا خاصا به.

15. ونصت هذه المادة على ما يلي : «الدّائن الذي التزم بضمان يسار المدين يسقط عنه تحمل هذا الضمان :
1) إذا كان عدم الوفاء راجعا إلى فعل المحال له أو إلى إهماله كما لو أهمل اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء الدين.
2) إذا كان المحال له قد منح المدين امتدادا للأجل بعد حلول الدين ...».

16. ونصت هذه المادة على ما يلي : «يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها.
ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالصورية ولا بما وقع تبادله بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة من السند المنشىء للالتزام ولم يكن المحال له قد علم بها».

المبحث الأول

التظهير التام أو الناقل للحق[17] l'endossement translatif

ويقصد بالتظهير التام أو الناقل للملكية التظهير الذي ينقل الحق الثابت في الكمبيالة من المظهر إلى المظهر إليه، ويشترط في هذا النوع من التظهير أن يكون ناجزا وتاما وإلا كان باطلا (الفقرة 4 و 5 من المادة 167 من قانون التجارة الجديد). ويعتبر كل تظهير للكمبيالة سواء كان للحامل أو على بياض، على وجه الكمبيالة[18] أو على ظهرها تظهيرا تاما[19] أو ناقلا للملكية، ما لم يتضمن التظهير عبارة تفيد التوكيل أو التأمين.

وينشأ هذا التظهير مبدئيا بالإرادة المنفردة للمظهر، مما يستلزم أن تتوفر فيه أركان وشروط التصرف القانوني التي تحدثنا عنها سابقا، وكذلك شروط التظهير المنصوص عليها في الفقرتين 4 و 5 من المادة 167 من قانون التجارة الجديد.

ويعتبر التظهير على بياض -دون صيغة دالة عليه، والاقتصار على التوقيع فقط- إن وقع على ظهر الكمبيالة أو على الوصلة تظهيرا صحيحا (الفقرة الأخيرة من المادة 167 من قانون التجارة الجديد) ؛ وناقلا لملكية الكمبيالة وجميع الحقوق الناشئة عنها (الفقرة الأولى من المادة 168).

وقد سلم الاجتهاد القضائي الفرنسي بقرينة انتقال الملكية الناشىء عن التظهير على بياض، واعتبر هذه القرينة قطعية غير قابلة لإثبات العكس في العلاقة بين المظهرين والغير ؛ وعلى خلاف ذلك، اعتبرت المحاكم هذه القرينة في العلاقة بين المُظهر «l'endosseur» والمُظهَّر إليه «l'endossataire» قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[20].

17. أو الناقل للملكية «à titre de propriété».

18. ما لم يكن التظهير على بياض، لأن هذا الأخير لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا على ظهر الكمبيالة أو على وصلة متصلة بالكمبيالة (الفقرة 8 من المادة 167).

19. ونصت الفقرة الخامسة من المادة أعلاه، على أن التظهير الجزئي باطل، ومن هنا أتت تسمية هذا النوع من التظهير بالتظهير التام.

20. جانتان : المرجع السابق، صفحة 24 و 25، فقرة 48 ؛ وصفحة 160، فقرة 300.

وتترتب عن التظهير التام الآثار الآتية :

أ) انتقال الحق الثابت في الكمبيالة من المظهر إلى المظهر إليه،
وبعبارة أخرى انتقال ملكية الكمبيالة ومقابل الوفاء، وعبرت عن هذه الميزة الفقرة الأولى من المادة 168 من قانون التجارة الجديد بصورة مطلقة، إذ جاء فيها أن «التظهير ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة» ويعني هذا النص أن الكمبيالة تنتقل بشروطها الإلزامية والاختيارية، وينقل التظهير جميع الحقوق الناتجة عنهاسواء كانت أصلية أو فرعية، أي الأصل والتوابع وما يتصل بهما من ضمانات عينية أو شخصية. وكذلك المادة 166 ف 4 من قانون التجارة الجديد، التي تنص على انتقال ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين.

وتنشأ عن التظهير علاقة جديدة مستقلة عن سابقتها، ويعتبر المظهر ساحبا جديدا متضامنا مع الساحب الأول على أداء أو وفاء مبلغ الكمبيالة، أما المظهر إليه فيعتبر مستفيدا جديدا في حين يبقى المسحوب عليه دائما مسحوبا عليه.

وتعتبر المادة 170 من قانون التجارة الجديد أن من بيده الكمبيالة الحائز الشرعي لها، إذا أثبت حقه بواسطة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان التظهير الأخير على بياض. وإذا حدث أن فقد شخص كمبيالة بسبب حادث أيا كان نوعه، فإن الحامل الذي يثبت حقه بالطريقة المبينة في الفقرة السابقة، يكون غير ملزم بأن يتنازل عن الكمبيالة إلا إذا كان اكتسابه لها قد اقترن بسوء نية أو باقتراف خطأ جسيم.

ويعتبر كل تظهير وقع شطبه كان لم يكن، ومتى كان التظهير على بياض متبوعا بتظهير آخر، اعتبر الموقع على هذا التظهير الأخير مكتسبا للكمبيالة بموجب التظهير على بياض. وتنتقل هذه الحقوق من تاريخ أو وقت التظهير الذي يقع إثباته بكافة الوسائل إن كان التظهير على بياض (المادة 170).

ب) يتحمل المظهر بضمان الوفاء والقبول : يضمن المظهر الوفاء والقبول ما لم يرد شرط في الكمبيالة بخلاف ذلك (الفقرة الأولى من المادة 169 من قانون التجارة الجديد)، وهكذا نرى، أن التشريع ينزل ضمان الوفاء والقبول إلى مرتبة العادة الاتفاقية، أي يجعلهما كشرطين ضمنيين في التصرف، يمكن استبعادهما بتضمين الكمبيالة شرطا يقضي بخلاف ذلك، بل الأكثر من ذلك أن التشريع التجاري أجاز للمظهر أن يمنع تظهيرا جديدا، فإن خالف المظهر إليه هذا

الشرط أو خرج عن المنع، فإن المظهر المُشترط لا يلزم بالضمان تجاه الأشخاص الذين ظهرت إليهم الكمبيالة لاحقا (الفقرة الثانية من المادة 169).

ويقع التحلل في حالة اشتراط «عدم التظهير من جديد» من ضمان الوفاء والقبول معا، وكذلك الشأن عندما يدرج المظهر شرطا عاما بالتحلل من الضمان – دون بيان ما إذا كان الأمر يتعلق بالقبول أوالوفاء – فإن هذا الشرط يؤول على أنه إعفاء من ضمان الوفاء والقبول.

ويسوغ للحامل أن يتابع المظهرين والساحب وبقية الملتزمين عند الاستحقاق إذا لم يقع وفاء الكمبيالة، وقبل الاستحقاق إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول، وفي حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو حالة توقفه عن أداء ديونه ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم، أو حجز بدون جدوى على أمواله[21]. أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية لساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول (المادة 196 من قانون التجارة الجديد).

وحددت المادة 201 من قانون التجارة الجديد فكرة التضامن الصرفي، ونطاقها وقواعد المتابعة بشأنها، إذ نصت على أن جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها، والمظهرين، والضامنين الاحتياطيين، ملزمون بالتضامن نحو الحامل، ومن حق الحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم ؛ ويتمتع بالحق نفسه كل موقع للكمبيالة وفّى مبلغها. ولا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من إقامة الدعوى ضد الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولا.

ج) عدم سريان الدفوع «inopposabilite des exceptions» :
ويقصد بهذا المبدأ، حرمان المدين في الكمبيالة من التمسك ضد الحامل حسن النية بالدفوع المستمدة من علاقاته الشخصية بالساحب أو الحملة السابقين، ومن أمثلة ذلك لا يجوز للمسحوب عليه القابل للكمبيالة، أن يدفع ضد الحامل حسن النية بعدم وجود مقابل الوفاء، الذي يمكن أن يدفع به ضد الساحب، ولا يمكن الدفع ضد الحامل حسن النية بانقضاء الالتزام بالإبراء أو اتحاد الذمة أو المقاصة التي تثبت له إزاء حامل سابق أو إزاء الساحب، ولا يسوغ للمظهر المتابَع[22] أو المطالب بالأداء أو

21. عندما يعد كاتب ضبط المحكمة محضر عدم وجود ما يحجز.
22. بفتح الباء.

الوفاء أن يدفع بعدم وصول القيمة أو بإجراء المقاصة، اللذين كان ثابتين له ضد حامل سابق إزاء الحامل المتابع[23] المطالب حسن النية، ولا يسوغ أيضا للمسحوب عليه أو للمظهر أن يدفعا إزاء الحامل حسن النية بالدفوع الشخصية والمباشرة المستمدة من علاقات سابقة كالدفع بالفسخ أو البطلان لانعدام السبب، أو عدم مشروعيته، أو بإبطال الالتزام لعيوب التدليس أو الغلط أو الإكراه أو الاستغلال التي تشوب الإرادة[24].

وقد نصت على مبدأ عدم جريان أو سريان الدفوع «l'inopposabilité d'exceptions» هذا المادة 171 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «لا يجوز للأشخاص المُدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين».

ويستفيد من القاعدة أعلاه في ظل القضاء المغربي، جميع الحاملين ولو تعلق الأمر بالحائز الأول «le premier preneur»، أي المستفيد الأول، إذ جاء في قضاء محاكم الرباط بتاريخ 9 دجنبر 1952 ما يلي «يحق «للبنكي»، بالرغم من أنه الحائز الأول للسفتجة (أو الكمبيالة) أن يثير قاعدة عدم سريان الدفوع الشخصية المنصوص عليها في المادة 139 من قانون التجارة»[25].

ولا يحتمي الحامل الشرعي بقاعدة عدم جريان الدفوع الشخصية إلا إذا كان حسن النية[26]، أما إذا كان سيىء النية تعطلت هذه القاعدة ؛ سوء النية الذي وضع له التشريع صياغة خاصة، «ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين».

ولقد أثارت عبارة تعمد الاضرار بالمدين «agi sciemment au détriment du débiteur» الواردة في المادة 171 من قانون

23. بكسر الباء.

24. وإن كان البعض يرى جواز الدفع بالابطال والاكراه إزاء المتسبب والحامل لأن الإرادة لم تأت حرة، جوكلار: المرجع السابق صفحة 529.

25. في ظل قانون التجارة القديم – المجلة المغربية للقانون الصادرة بتاريخ 1 يونيو 1953، صفحة 259.

26. منحت هذه القاعدة للمظهر إليه حسن النية من الحقوق أكثر مما يملك المظهر، وكذلك المظهر إليه سيء النية الذي يقصد الاضرار بالمدين، وكل ذلك لتسهيل تداول الكمبيالة.

التجارة المغربي الجديد، والمادة 121 من قانون التجارة الفرنسي مشاكل وصعوبات فقهية وقضائية في هذا القانون الأخير ؛ حيث أقدمت محكمة النقض الفرنسية على حلها، معتبرة أن الحامل يكون سيء النية إذا كان على وعي أو علم بالضرر الذي سيسببه التظهير للمدين بالالتزام الصرفي، ذلك الضرر الذي قد يجعل من المستحيل على المدين أن يستعمل تجاه الساحب أو الحامل وسائل دفاع مستمدة من علاقاته بهؤلاء[27] الآخرين، كان يكون الحامل على علم عندما تسلم الكمبيالة بان المسحوب عليه لن يتمكن من تقديم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، أو أن الكمبيالة مجرد كمبيالة مجاملة. وبمعنى آخر، يعلم أن التظهير القائم على سوء النية يحرمه من دفوع شخصية له ضد الساحب أوالحامل السابق، لو طولب من طرف هؤلاء – دفوع لا يستطيع مواجهة المظهر إليه بها، ولو كان حسن النية، أما وأن الحامل قصد الإضرار بالمدين فقط عن طريق حرمانه من دفوعه المشروعة فهذا النوع من سوء النية يعطل قاعدة عدم جريان الدفوع، ويمنح للمدين فرصة أو الحق في استعمال دفوعه المستمدة من علاقاته الشخصية مع الساحب أو الحاملين السابقين تجاه الحامل لأنه سيء النية.

وإذا كان من اللازم أن ينشأ أو يتولد الضرر يوم اكتساب الكمبيالة[28] فلا أهمية بعد ذلك لوقت تحققه، سواء تحقق هذا الضرر يوم اكتساب الكمبيالة أو في تاريخ لاحق، ولو كان هو تاريخ استحقاقها ؛ وبمعنى آخر، إذ يكفي أن يكون الحامل على علم بالدفع الذي سَيُحْرم منه المدين وقت اكتساب الكمبيالة لتتعطل القاعدة بصرف النظر عن وقت التحقق المادي أو الفعلي للضرر.

ولقد ذهب الفقه والقضاء إلى ما هو أبعد من العلم بالواقعة أو الدفع ؛ مخولا للمدين حق استعمال الدفوع الشخصية التي له على الساحب والحاملين السابقين تجاه الحامل إذا كان على علم بها أو لم يكن بالإمكان أن يجهلها.

وقد أحسنت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية بأن جعلت من هذا المبدأ قاعدة عامة، تشمل سائر الحالات، وذلك في المادة 6 التي جاء فيها : «لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض علم الشخص بواقعة ما إذا كان على علم بها بالفعل، أو لم يكن بالإمكان أن يجهلها».

27. جانتان : المرجع السابق صفحة 166 و 167 وفقرة 311.

28. وبعبارة النص : «ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين».

ويُفَرَّق بين تعمد الإضرار بالمعنى السابق، وبين مجرد الاهمال أو عدم الاحتياط «la simple négligence» أو الخطأ الذي يقع فيه الحامل وقت اكتساب الكمبيالة، فإذا كان الأول يحرمه من التمسك بقاعدة عدم سريان أو جريان الدفوع الشخصية المستمدة من العلاقات السابقة، فإن الثاني يثقل كاهله فقط بالتعويض عن الاضرار اللاحقة بالمدين (طبقا للمادة 78 من قانون الالتزامات والعقود) من جراء إهماله أو خطإه.

وقضت المحاكم الفرنسية في هذا الإطار، أن مجرد علم الحامل بالصعوبات المالية لا يشكل سوء نية.

وتملك محكمة الموضوع كامل الحرية والسلطة لتقدير سوء النية بالمعنى السابق من عدمه، ويقع على من يدعي سوء نية الحامل عبء الاثبات ويكون اثبات هذه الواقعة بكافة الوسائل طبقا لقواعد قانون الالتزامات والعقود ؛ وكذلك المادة 334 من مدونة التجارة.

ويلاحظ الفقه، أن المشرع عندما اشترط تعمد الإضرار اتخذ موقفا وسطا -تأثرا بقانون جنيف الموحد- بين نظريتين متناقضتين أو متطرفتين وهما : النظرية الفرنسية التي كانت تدعو في مؤتمر جنيف إلى الاكتفاء بعلم الحامل للتمسك ضده بالدفوع، والنظرية الانجليزية التي كانت تطالب باشتراط التواطؤ بين الحامل والمُظهر[29].

وقضى المجلس الأعلى تطبيقا لهذا المبدأ -القرار عدد 237- بتاريخ 1 غشت 1980 بأنه : «تطبيقا لقاعدة «تطهير الدفوع» أو «عدم التمسك بالدفوع» فإن الاشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة، لا يسوغ لهم أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية مع الساحب أو مع الحملة السابقين، ما عدا إذا تعمد الاضرار بالمدين»[29][(2)] وقضى كذلك -القرار عدد 453-، بتاريخ 30 مايو 1979 بأنه : «عند ما يكون موضوع الدعوى قيمة كمبيالات فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون التجاري دون غيره، وأنه إذا كان من حق المسحوب عليه أن يدفع ضد الساحب بالدفوع المبنية على علاقته معه، والتي كانت السبب في سحب الكمبيالة فإنه

29. العبيدي : الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الطبعة الأولى سنة 1970، صفحة 136، عدد 15.

29.(2) المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد سنة 1984 ص. 132. ولكن المجلس الأعلى لم يبين معنى «تعمد الاضرار بالمدين».

يجب بالضرورة أن يدعم هذه الدفوع بما يثبتها، وأن مجرد المنازعة غير المدعمة بأية حجة لم تكن كافية لتملصه من أداء قيمة كمبيالة قبلها وحل أجلها»[29][(3)]، وقضى أيضا -القرار عدد 231- ، بتاريخ 6 مايو 1981 «إن المدعى عليه بقيمة الكمبيالة، التي سحبت عليه من طرف المدعي الحامل لها، مقابل ثمن البضائع التي باعها له، يستطيع أن يتمسك في مواجهة هذا الأخير بكافة الدفوع المبنية على عقد البيع المبرم بينهما، والذي كان السبب في سحب الكمبيالة وقبولها، إن المحكمة بإغفالها الجواب على الحجج التي عرضت عليها، والمتعلقة باسترجاع جزء من السلعة المبيعة للبائع، والذي يشكل مقابل وفاء الكمبيالة المطلوب آداؤها، يكون حكمها ناقص التعليل ومعرضا للنقض»[29][(4)].

وتستغرق هذه القاعدة من جهة أخرى جميع الأشخاص الذين يتحملون بالالتزام الصرفي، ولا يستثني من أثرها سوى المسحوب عليه الذي لم يقبل أولم يوقع بعد على الكمبيالة بالقبول، أو الذي رفض قبول الكمبيالة، إذ يكون من حقه أن يتمسك بالدفوع الشخصية إزاء الحامل سواء كان حسن أو سيء النية.

ولا يجوز التمسك بقاعدة عدم سريان الدفوع إلا إذا انتقلت الكمبيالة عن طريق التظهير، وتتعطل القاعدة إذا انتقلت هذه الأخيرة عن طريق الحوالة العادية، أو كانت الدعوى عادية أو كانت الكمبيالة باطلة، أو كان التظهير باطلا.

ويرد على قاعدة عدم سريان الدفوع أو أن التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع بعض الاستثناءات الهامة هي التالية :

1- يجوز التمسك ببطلان الالتزام الصرفي أو السفتجة في مواجهة الكافة، وضمنهم الحامل سواء كان حسن أو سيء النية، لخلو السفتجة من بيان واحد أو أكثر من البيانات الالزامية المنصوص عليها في المادة 159 من قانون التجارة الجديد -ماعدا في الحالات الاستثنائية التي تعرضنا إليها سابقا- كعدم ذكر اسم المستفيد أو المسحوب عليه أو خلو الكمبيالة من توقيع الساحب أو تسمية سفتجة أو كمبيالة أو إثرة، أو التمسك ببطلان شرط يحرمه القانون كبطلان التظهير الجزئي (المادة 167 ق5) وبطلان شرط الفائدة إذا كانت الكمبيالة واجبة الاستحقاق في تاريخ معين أو بعد مدة من تاريخ تحريرها (المادة 162 و 181 من قانون التجارة

29.(3) الملف المدني رقم 67290، قضاء المجلس الأعلى عدد 28 سنة 1981 صفحة 32.

29.(4) الملف المدني عدد 7/177، مجلة المحاكم المغربية عدد 29 سنة 1984 ص. 45.

الجديد) لأن حق الساحب في اشتراط الفائدة لا يكون جائزا إلا إذا كانت هذه الأخيرة مستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع (المادة 162).

2- يجوز للقاصر غير التاجر ولعديم الأهلية أن يتمسكا بالدفع بنقصان الأهلية أو انعدامها تجاه سائر الموقعين على الكمبيالة، وضد الحامل ولو كان حسن النية حماية للقصر من عسف واستغلال الراشدين، وهذا المبدأ من النظام العام، إلا أن هذه القاعدة مقررة لمصلحة وحماية ناقص الأهلية أو القاصر وحده، وتطبق في ظل مراعاة مبدأ استقلال التوقيعات الذي يعد من الدعائم الهامة لقانون الصرف. ويضاف إلى توقيع القاصر أو عديم الأهلية التوقيع المزور والتوقيع الوهمي كذلك، وقد نصت على كل ذلك الفقرتان الأولى والثانية من المادة 164 اللتان جاء فيهما :

«إن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه، ويحتفظ الأطراف بحوقوقهم وفقا للقانون العادي ؛ إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها، أو توقيعات مزورة، أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين تظل مع ذلك صحيحة».

3- الدفوع الشخصية المستمدة من العلاقة بين المدين المدعى عليه والحامل : إذا كان لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا تجاه الحامل الحسن النية بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين (المادة 171 من قانون التجارة الجديد)، فإنهم يملكون حق استعمال سائر الدفوع تجاه الحامل إن كانت مستمدة من العلاقات الشخصية الرابطة بينهم وبين هذه الحامل، وإن لم تنص المادة 171 صراحة على ذلك، إلا أن هذا المعنى واضح ومستنبط من الصياغة ذاتها، وأن المبدأ نفسه مقرر لحماية الغير، وتسهيلا لتداول الكمبيالة، ومن الأمثلة على ذلك، أن من حق المسحوب عليه أن يدفع تجاه الساحب الحامل أو المستفيد[30] في الوقت نفسه -ساحبا ومستفيدا أو حاملا- بالدفوع الشخصية التي له عليه، كالدفع بعدم وجود مقابل الوفاء، أو عدم مشروعية السبب أو غيرهما من الدفوع الشخصية المستمدة من علاقاتهما.

30. لأنه يجوز في القانون المغربي (المادة 161)، وفي قانون جنيف الموحد، وفي اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية (المادة 11) أن تكون الكمبيالة لأمر الساحب نفسه.

المبحث الثاني

التظهير التوكيلي «l'endossement à titre de procuration»

يقصد بالتظهير التوكيلي توكيل المظهر المظهر إليه من أجل قبض وتحصيل مبلغ السفتجة، واتباع الإجراءات القانونية للوصول إلى هذه الغاية كالتقديم والاحتجاج وغيرهما، ولم يضع التشريع للتظهير التوكيل شكلا معينا ولا عبارات خاصة، وإنما ترك للأطراف مهمة اختيار العبارات والألفاظ التي تدل على التوكيل، كما يبدو من مطلع المادة 172 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة «للاستخلاص» أو «من أجل الاستيفاء» أو «للتوكيل» أو أية عبارة أخرى تفيد مجرد التوكيل أن يمارس جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة...»

وهكذا يكون أطراف العلاقة التعاقدية -عقد الوكالة- هما المظهِّر المُوكِّل «l'endosseur - mandant» والمُظَهَّر إليه الوكيل «l'endossataire mandataire» وتخضع علاقتهما -من حيث الرضاء والأهلية والمحل والسبب ومشروعيتهما، وسلامة الرضاء من العيوب التي تشوبه، كالغلط والاكراء والتدليس وغيرهما- لقانون الالتزامات والعقود (القانون العادي)، خاصة القواعد المنظمة للوكالة، مع مراعاة القواعد الخاصة بالتظهير التوكيلي.

ويمكن إجراء التظهير التوكيلي ولو كانت الكمبيالة تحمل شرط أو عبارة «ليست لأمر» لأن هذا التظهير هو مجرد للتوكيل والتحصيل وليس لنقل الملكية الذي لا يتم في هذه الحالة إلا عن طريق الحوالة العادية وآثارها[31].

وإذا خلا التظهير التوكيلي الموضوع على ظهر الكمبيالة من الصيغة أي كان على بياض، عد تظهيرا ناقلا للملكية في علاقة الأطراف تجاه الغير، حجة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وحجة أو قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس في العلاقة بين المظهر والمظهر إليه.

ولا يشترط في المظهر تظهيرا توكيليا أهلية التعامل بالأوراق التجارية -أهلية خاصة- وإنما يكفي لصحة التظهير التوكيلي أن يكون القاصر المظهر مأذونا له

31. راجع موضوع الشيك كذلك (الجزء الثاني من الوسيط).

بمزاولة أعمال الإدارة[31(2)]، لأن المظهر هنا لا يلتزم، وإنما يكلف المظهر إليه بقبض مبلغ الكمبيالة، أما المظهر إليه الوكيل فلا تشترط فيه أهلية معينة وفق منصوص المادة 880 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه».

ولا يجوز بمقتضى نص المادة 172 السابقة، أن يكون التظهير التوكيلي على بياض -أي الاكتفاء بتوقيع المظهر- بل يجب أن يقع على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة متصلة بها (وصلة) وأن يتضمن عبارة : «الاستخلاص» أو «من أجل الاستيفاء» أو «للتوكيل» أو أية عبارة أخرى تفيد التوكيل ؛ وإلا كان تظهيرا تاما وناقلا للملكية تطبيقا للمادتين 167 ف7 وف8 و 172 ف1.

ويختلف القانون المغربي عن القانون المصري اختلافا جوهريا، يتجلى في أن هذا الأخير أضاف إلى التظهير التوكيلي الإرادي الصريح التظهير التوكيلي القانوني، أي الذي يرتبه القانون لتخلف بيان من البيانات الالزامية أو الشكلية في التظهير، -التي نصت عليها المادة 134[32] وهي : اسم المظهر إليه، تاريخ التظهير، توقيع المظهر، وصول القيمة، شرط الاذن[33]- أو ما يعرف بالتظهير المعيب الذي ينقلب تظهيرا توكيليا، تطبيقا للمادة 135 تجاري مصري التي جاء فيها : «إذا لم يكن التحويل مطابقا لما تقرر بالمادة السابقة، فلا يوجب ذلك انتقال ملكية الكمبيالة لمن تتحول إليه، بل يعتبر ذلك توكيلا له فقط في قبض قيمتها».

وقد اختلف الرأي هناك حول مدى قوة هذه القرينة، أي قرينة التوكيل، هل هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، أم أنها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ؟

وانتهى الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى اعتبار قرينة التوكيل هذه قرينة بسيطة في علاقة المظهر بالمظهر إليه تقبل إثبات العكس بكل وسائل الإثبات -لأن

31(2). راجع كذلك طه : المرجع السابق صفحة 86 فقرة 103.

32. وقد نصت هذه المادة على ما يلي : «يؤرخ تحويل الكمبيالة، ويذكر فيه أن قيمتها وصلت، ويبين فيه اسم من انتقلت الكمبيالة تحت إذنه ويوضع عليه إمضاء المحيل أو ختمه».

33. أما القانون المغربي كالقانون الموحد لم يضع شروطا شكلية كالتي وضعها القانون المصري للتظهير التام بل اعتبر التظهير على بياض تظهيرا تاما ناقلا للملكية.

الأمر لا يعدو أن يكون تفسيرا وتأويلا قانونيا لإرادة المظهر والمظهر إليه- وتعتبر قاطعة في العلاقة ما بين المظهر إليه والغير -الساحب والمسحوب عليه والمظهرون السابقون- الذي يجهل حقيقة التظهير[34].

أما الاختلاف الجوهري الثاني فيتعلق بالتظهير على بياض، فالقانون المغربي يعتبر التظهير على بياض تظهيرا ناقلا للملكية أو الحق الثابت في الكمبيالة، (المادتان 167 و 168 من قانون التجارة الجديد) أما القانون المصري فيعتبر التظهير على بياض تظهيرا توكيليا (المادة 135 تجاري) إلا أنه يسوغ للمظهر إليه أن يقيم الدليل على أن هذا التظهير كان من أجل نقل ملكية الحق الثابت في الكمبيالة.

ويتعلق الخلاف الثالث بالتظهير بعد ميعاد أو تاريخ الاستحقاق، فإذا كان التشريع المغربي كالقانون الموحد، يعتبر التظهير بعد الميعاد أو تاريخ الاستحقاق كالتظهير قبله ينتج نفس الآثار -ما لم يكن محررا بعد احتجاج عدم الوفاء أو انصرام الأجل لإجراء هذا الاحتجاج حيث لا ينتج هنا سوى آثار حوالة عادية- (المادة 173 من قانون التجارة الجديد) فإن الخلاف على أشده في الفقه والقضاء المصريين -لسكوت النص- إذ يعتبر البعض التظهير بعد ميعاد الاستحقاق حوالة مدنية، والبعض الآخر يعده تظهيرا توكيليا، وجانب آخر يذهب إلى اعتباره تظهيرا تاما ناقلا للملكية[35].

وتشجع هذه الفكرة التي تبناها القانون المصري على استخدام التظهير التوكيلي -بمعنى اعتبار التظهير على بياض تظهيرا توكيليا- كأداة فعالة، بسيطة ومرنة، تسهل على المصارف أو البنوك تحصيل المبالغ المثبتة في السفاتج لحساب المظهر الموكل عند حلول ميعاد الاستحقاق.

34. طه : المرجع السابق صفحة 67 و 68، الذي علق على هذا الموقف بقوله : «ويذهب فريق ثان إلى أن القرينة المقررة بمقتضى المادة 135 هي قرينة بسيطة يجوز دحضها بالدليل العكسي في جميع الأحوال سواء في العلاقة ما بين المظهر والمظهر إليه، أو فيما بين المظهر إليه والغير، ونحن نرجح هذا الرأي لأنه أكثر اتساقا مع تجاه التشريعات الحديثة التي لا تشترط في التظهير الناقل للملكية غير توقيع المظهر».

35. راجع هذه المواقف لدى :

حسني عباس : الأوراق التجارية، صفحة 77.

ومصطفى كمال طه : المرجع السابق صفحة 72 و 73.

وينسجم هذا الاتجاه كذلك مع ما يجري عليه العمل في فرنسا، حيث يأتي التظهير التوكيلي غالبا على بياض، أي يكتفي المظهر الموكل بوضع توقيعه على الكمبيالة وإن كان يدفع إلى الحيرة والخلط والتساؤل حول ماهية تظهير المظهر، أهو تام ناقل للملكية أم تظهير توكيلي ؟ إلا أن هناك ممارسة عملية مصرفية «Pratique bancaire» تقتضي التفرقة بين الأوراق المسلمة من أجل التحصيل «les effets remis à l'encaissement» والأوراق المسلمة من أجل الخصم[36] «les effets remis à l'escompte».

ولا يفوتنا أن نشير للأمانة العلمية إلى أن الفقه المصري انتقد بشدة موقف القانون، و «اعتبر قرينة التوكيل لا تتفق مع إرادة الأطراف، وأن التشريع تعلق بها لأسباب تاريخية فحسب، حيث كانت تستعمل كمبيالة التخالص بدل اللجوء إلى حوالة الحق»[37].

ويثور تساؤل مشروع سواء في ظل التشريع المغربي أو قانون جنيف الموحد، أواتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية (المادة 21)[38] وغيرها من التشريعات الشبيهة حول الصعوبات أو الإشكاليات التي قد تنشأ بين المظهر والمظهر إليه حول التظهير على بياض، وبمعنى آخر، ما العمل إذا غابت عن التظهير التوكيلي العبارات الدالة عليه المنصوص عليها في المادة 172 ؛ وتمسك المظهر الموكِّل بأن التظهير توكيلي، والمظهر إليه بأن التظهير تام أو ناقل للملكية !

تجب، للإجابة عن هذا التساؤل، التفرقة مابين علاقة الأطراف بالغير «le tiers» وبين العلاقة بين المظهر والمظهر إليه.

36. جوكلار صفحة 532.

37. مصطفى كمال طه : المرجع السابق صفحة 66.

38. وقد جاء في المادة 21 من اتفاقية الأمم المتحدة ما يلي :

«1 – إذا اشتمل التظهير على عبارة «للتحصيل» أو «للإيداع» أو القيمة للتحصيل» أو «بالوكالة» أو «ادفعوا لأي مصرف» أو على أي عبارة أخرى مماثلة تخول المظهر إليه حق تحصيل قيمة الصك. فإن المظهر إليه يعتبر حاملا :

أ – يجوز له استعمال كافة الحقوق الناشئة عن الصك ؛

ب – يجوز له تظهير الصك لأغراض التحصيل فقط ؛

ج – يجوز أن توجه إليه الدعاوى والدفوع التي يمكن توجيهها إلى المظهر.

2 – في حالة التظهير للتحصيل لا يلتزم المظهر بموجب الصك تجاه أي حامل لاحق».

يعتبر كل تظهير على بياض في نظرنا إن وقع على ظهر الكمبيالة أو الوصلة تظهيرا صحيحا ناقلا للملكية أو تظهيرا تاما (المادتان 167 و 168 من قانون التجارة الجديد) ويُعد ذلك حجة أو قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس في العلاقة الرابطة بين طرفي التظهير والغير، ولكن تعتبر هذه القرينة أو الحجة فيما بين المظهر والمظهر إليه مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، ويقع هذا الإثبات بكافة الوسائل، لأن العلاقة بين طرفي التظهير تعاقدية من جهة وأن الكمبيالة عمل تجاري مطلق ومنفرد من جهة أخرى.

أما ميشيل جانتان «Michel Jeantin» فيقترح حل هذه الإشكاليات والصعوبات باستخدام نظرية الصورية «la simulation»[39] وبعبارة أخرى، فإن قرينة التظهير التام، أو الناقل للملكية الظاهرة عنده مقررة لفائدة الغير ؛ فلا يجوز الاحتجاج تجاهه بالتصرف الحقيقي -التظهير التوكيلي- ولكن لا يوجد ما يمنع أحد الاغيار من أن يتمسك بالتصرف الحقيقي إن اثبت ذلك بكافة وسائل الاثبات[40]. أما فيما يتعلق بالعلاقة بين المظهر والمظهر إليه فالقرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة وسائل الاثبات.

ويتبين من هذا التحليل أن وجهة نظرنا لا تختلف عن نظرة جانتان إلا في الشكل أما النتيجة فهي واحدة، ما دامت كل الطرق تؤدي إلى روما.

ويعتبر الحامل في التظهير التوكيلي وكيلا «mandataire» للمظهر يسعى إلى قبض المبلغ الثابت في السفتجة وتسليمه إلى صاحبه المظهر واتباع الإجراءات القضائية للتحصيل إن اقتضى الأمر ذلك وكل الأجراءات الأخرى الضرورية كالتقديم للقبول والوفاء، وإقامة محضر الاحتجاج وغيرهما.

وتخضع الوكالة التي تربط بين المظهر الموكل l'endosseur mandant والمظهر إليه الوكيل «l'endossataire mandataire» للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود -وبالضبط المواد من 879 إلى 943[41]- إلا أن وكالة المظهر إليه لا تنتهي بوفاة المظهر الموكل أو بفقده الأهلية (الفقرة 3 من المادة 172 من قانون

39. راجع المادة 22 من قانون الالتزامات والعقود، التي تم شرحها صفحة 97 إلى 99 من هذا الكتاب.

40. المرجع السابق، صفحة 169 فقرة 315.

41. مع مراعاة بعض الاستثناءات التي تقتضيها طبيعة السفتجة أو الكمبيالة والتي نص على بعضها القانون التجاري نفسه أو قانون الصرف.

التجارة الجديد) خلافا لما تنص عليه الفقرة الخامسة من الفصل 929 من قانون التزامات والعقود.

ولا يجوز للمظهر إليه «الوكيل» وبصفة عامة للحامل، أن يظهر السفتجة أو الكمبيالة تظهيرا تاما أو ناقلا للملكية، لأن الحق لا زال لصاحبه المظهر – الموكل – ولأن فاقد الشيء لا يعطيه، ولأن الحامل مجرد وكيل، إلا أنه يسوغ للحامل الوكيل أن يظهر الكمبيالة بدوره تظهيرا توكيليا فقط (المادة 172 ف1)، ما لم يشترط المظهر عدم تظيهر الكمبيالة من جديد ولو تظهيرا توكيليا، وهو ما عبرت عنه المادة 172 ب «لكن لا يجوز له أن يظهرها إلاعلى سبيل التوكيل».

ولا تنتهي وكالة المظهر إليه -الوكيل- بوفاة الموكل المظهر أو بفقدانه لأهليته (المادة 172 ف3 من قانون التجارة الجديد)[42]، وقياسا على ذلك في حالة الحكم عليه بالتصفية القضائية -في ظل مساطر المعالجة حيث يقع غل اليد بقوة القانون طبقا للمادة 619 من قانون التجارة الجديد- وكل ذلك انسجاما مع قواعد قانون الصرف المتميزة بالذاتية والاستقلال والحرفية وحماية للاغيار والثقة في الكمبيالة -وغيرها من الأوراق التجارية- مبادئ دفعت إلى هذا الخروج عن قواعد القانون العادي أو عقد الوكالة المنصوص عليها في الفقرتين الخامسة والسادسة من المادة 929 من قانون الالتزامات والعقود، اللتين تجعلان الوكالة تنقضي بموت الموكل أو الوكيل، وبحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه ؛ كما هي الحال في الحجر والافلاس[43]، وذلك ما لم ترد الوكالة على أمور يمكن للوكيل تنفيذها برغم حدوث هذا التغيير في الحالة.

وإذا كانت وكالة المظهر إليه الوكيل لا تنتهي بوفاة الموكل أو بفقدان أهليته، أوالحكم عليه بالتصفية القضائية قياسا، فإنها تنتهي بالأسباب الأخرى المنصوص عليها في المادة 929 ق.ل.ع.م. كموت الوكيل المظهر إليه، أو تنازله عن الوكالة، وبالعزل عن طريق إلغاء التظهير التوكيلي، أو بفوات الأجل الذي منحت لغايته أو استحالة تنفيذ الوكالة لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين، -ولا يسوغ أن نذكر هنا حالة وقوع الشرط الفاسخ الذي علقت عليه، لأن الفقرة الرابعة من المادة 167 أوجبت

42. وقد جاء في هذه الفقرة «لا تنتهي الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي بوفاة الموكل أو بفقدانه لأهليته...»

43. يجب اعتبار كلمة الافلاس كان لم تكن، لأن القانون الجديد نسخ نظام الافلاس، وأحل محله مساطر صعوبات المقاولة ومعالجتها (المواد 545 إلى 733 من الكتاب الخامس).

على الأطراف أن يكون التظهير ناجزا، وكل شرط يقيده يعتبر كان لم يكن أي باطلا- أو بتحصيل المبلغ الذي أعطيت الوكالة من أجله.

ويمكن للمسحوب عليه ولباقي الملتزمين في التظهير التوكيلي ولكل مدين بصفة عامة أن يتمسك ضد الحامل الوكيل بجميع الدفوع التي يسوغ لهم التمسك بها ضد المظهر الموكل لأن التظهير هنا توكيلي وليس تداولا ناقلا للملكية، ولأن الحق حق للمظهر الموكل وباق به، ولم ولن ينتقل بالتظهير التوكيلي إلى المظهر إليه الوكيل، وبعبارة أخرى، أن التظهير التوكيلي يعطل أو يبطل فعالية القاعدة المشهورة «التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع»، إلا أنه لا يسوغ على خلاف ذلك للمسحوب عليه، ولباقي الملتزمين وللحامل المظهر إليه التمسك بالدفوع الشخصية المستمدة من العلاقات الخاصة التي تربط بينهم، طبقا للفقرة الثانية من المادة 172 التي جاء فيها«ولا يجوز للملتزمين في هذه الحالة أن يتمسكوا تجاه الحامل إلا بالدفوع التي يمكن التمسك بها تجاه المظهر».

وقد ثار جدل قوي في الفقه والقضاء المقارن حول ما إذا كان يسوغ أو لا يسوغ للمظهر إليه الوكيل أن يتقاضى ويترافع باسمه الخاص، وحسمت كثير من الاجتهادات القضائية المقارنة هذا الموضوع بالتأييد، وكان من بين هذه الاجتهادات قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 4 يوليوز 1961، الذي قضى بأن التظهير التوكيلي يجيز للمظهر إليه الوكيل أن يتابع قضائيا ولو باسمه الشخصي المدين لحساب متبوعه أو موكله المظهر، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقف أو أن تحول دون ذلك قاعدة «لا ترافع بالوكالة «nul ne plaide par procuration»، وعلى العكس من ذلك، يسوغ للمدين أن يتمسك ضد المظهر إليه الوكيل بجميع الدفوع التي يمكن له أن يتمسك بها ضد المظهر الموكل[44]. وينسجم هذا القضاء مع المادة 172 تجاري الذي جاء فيها «يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة «للاستخلاص» أو «من أجل الاستيفاء» أو «للتوكيل» أو أية عبارة أخرى تفيد مجرد التوكيل، أن يمارس جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة لكن لا يجوز له أن يظهرها إلا على سبيل التوكيل».

44. المجلة المغربية للقانون، الصادرة بتاريخ 1 دجنبر 1961، صفحة 449.

المبحث الثالث

التظهير التأميني أو على وجه الرهن l'endossement Pignoratif

ويقصد بالتظهير التأميني تظهير السفتجة أو الكمبيالة على وجه الرهن لضمان قرض أو دين، سواء كان مدنيا أو تجاريا، وقد نظمت هذا النوع من التظهير الذي لا يقع إلا نادرا وفي إطار العمليات المصرفية أو البنكية، الفقرة الرابعة من المادة 172 التي جاء فيها : «يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة «مبلغ على وجه الضمان» أو «مبلغ على وجه الرهن» أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة ...»[45].

ويعلل القول بأن التظهير التأميني لا يقع إلا نادرا، كون الأطراف يفضلون عليه التظهير التام كبديل له حتى في حالة السلفة أو القرض، خاصة أن المظهر إليه المرتهن يحتفظ من جهة ثانية بالمبلغ الذي قد يقبضه في تاريخ الاستحقاق إلى أن يحل أجل دينه بغية إجراء المقاصة وإرجاع الفائض أو الزائد إلى المظهر الراهن.

ولا يسوغ للمظهر له المرتهن، أن يظهر كمبيالة الضمان أو الرهن مرة ثانية سوى تظهيرا توكيليا (الفقرة 4 من المادة 172 تجاري) ما لم يمنع المظهر الراهن تظهير السفتجة أو الكمبيالة من جديد، ولا يعطل التظهير التأميني قاعدة أو مبدأ التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع، أي لا يسوغ للملتزمين أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية مع المظهر ما لم يكن الحامل قد تعمد بتلقيه الكمبيالة الاضرار بالمدين (فقرة 5 من المادة 172)، لأن المظهر إليه المرتهن يتابع ويطالب هنا باسمه ولحسابه.

ويكون من المفيد توضيحا لهذه العلاقة أن نشير إلى حكم محكمة الاستئناف بالقاهرة تحت عدد 29 بتاريخ 1959، الذي جاء فيه «من المقرر قانونا أنه في التظهير التأميني تكون العلاقة بين المظهر والمظهر إليه علاقة رهن، ويعتبر الأول مدينا راهنا والثاني دائنا مرتهنا، فلا يترتب على هذا التظهير والحال كذلك ملكية الحق الثابت في الورقة إلى المظهر إليه، وإنما يظل الحق للمظهر، وإن كان قد أصبح في حيازة المظهر إليه ليضمن الدين المستحق له، ولا يعتبر التظهير التأميني في حكم الناقل للملكية إلا في العلاقة بين المظهر إليه والغير، وأنه وإن كان لا يجوز رجوع المظهر

45. وقد أشارت إليه كذلك الفقرة الثانية من المادة 338 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يثبت رهن القيم القابلة للتداول بواسطة تظهير صحيح يشير إلى أن تلك القيم سلمت على وجه الضمان».

إليه المرتهن على المظهر الراهن بوصفه ضامنا متضامنا في الورقة (الرجوع الصرفي)، فإنه ما من شك في أن للمظهر إليه الرجوع على المظهر بالدين الأصلي بالدعوى العادية الناشئة عن القرض أو الدين الذي قدمت الورقة لضمانه، ولا ينقضي هذا الدين بمجرد تظهير هذه الورقة تظهيرا تأمينيا، وإنما ينقضي بقبض المظهر إليه قيمة الورقة محل الرهن وفي حدود هذه القيمة»[46].

ولا يختلف تفسير عبارة «تعمد بتسلمه الكمبيالة الاضرار بالمدين» في التظهير التأميني عنه في التظهير التوكيلي[47]، ويجب أن تتوفر في الرهن التأميني كالرهن التوكيلي الشروط الموضوعية – الرضاء والأهلية والمحل والسبب ومشروعيتهما، وخلو الرضاء من العيوب كالغلط والتدليس والاكراه وغيرها – والشكلية كذلك بأن تكتب على ذات الكمبيالة أو الوصلة عبارة «على وجه الضمان» أو «على وجه الرهن» أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن، وأن يوقع المظهر (المادة 167 و 172)، ولا يجوز أن يقع التظهير التأميني على بياض، فإن غابت العبارة الدالة عليه قامت قرينة على أنه تظهير تام أو ناقل للملكية، وهذه القرينة قطعية في علاقة أطراف التظهير مع الغير، وتعاقدية بسيطة قابلة لإثبات العكس بكافة الوسائل بين طرفي التظهير، المظهر الراهن والمظهر إليه المرتهن.

ولقد عالج ميشيل جانتان «Jeantin» مشكلة من أدق المشاكل وأكثرها تعقيدا من الناحية العملية وهي حالة التباين بين تاريخ استحقاق الكمبيالة وتاريخ حلول الدين المضمون[48].

ويُفَرَّقُ بين ثلاث حالات هي التالية :

أ- فإن تصادف -وهي الحالة الغالبة- أن كان تاريخ حلول الدين المضمون وتاريخ استحقاق الكمبيالة واحدا أو موحدين اندثرت الصعوبات أو الإشكاليات، حيث يستحصل الدائن المرتهن مبلغ الكمبيالة في تاريخ استحقاقها استيفاء لدينه، فإن كان مبلغ الكمبيالة يزيد عن مبلغ الدين المضمون قام المظهر إليه تأمينيا بإعادة الزائد أو الفائض إلى المظهر الراهن، أما إذا كان مبلغ الكمبيالة يقل عن الدين المضمون كان من حق الدائن المرتهن أن يطالب المظهر المدين الراهن بالفرق أو

46. مجلة المحاماة القاهرية لسنة 1959.
47. راجع ما سبق صفحة 120 إلى 123 من هذا الكتاب.
48. المرجع السابق، صفحة 171 و 172، فقرة 320.

المبلغ الناقص. وذلك تطبيقا للمادة 1224 من ق.ل.ع.م.[49].

ب- أما إذا كان تاريخ استحقاق الكمبيالة سابقا عن تاريخ حلول الدين المضمون جاز للمظهر إليه -الدائن- المرتهن أن يستخلص مبلغها ويتحول الضمان أو الرهن تلقائيا إلى النقود، وبمعنى آخر، يصبح الرهن أو الضمان واردا على النقود بدلا من الكمبيالة؛ وتجرى عليه كذلك مقتضيات المادة 1224 ق.ل.ع.م. -المشار إليها أسفله- واعتبر جانتان الرهن أو الضمان الوارد على النقود هنا لم يقع بصفة قانونية لأن تصفية الرهن أو إنجازه وقعت قبل حلول أجل الدين المضمون.

ج- إذا كان تاريخ حلول الدين المضمون سابقا عن تاريخ استحقاق الكمبيالة -أي تاريخ استحقاق الكمبيالة لاحق لتاريخ حلول أجل الدين المضمون- وكان المدين عاجزا عن الوفاء، كان من حق المظهر إليه المرتهن استعمال حق الحبس «droit de rétention» -أما مسطرة البيع المنصوص عليها في المادة 1184 ق.ل.ع.م.، و 340 من قانون التجارة الجديد والمادة 1218 ق.ل.ع.م. فلا تتوافق مع طبيعة الكمبيالة- أي الإبقاء على الكمبيالة بين يديه إلى أن يقع الوفاء من طرف المظهر الراهن أو حلول تاريخ استحقاقها لاستحصال المبلغ وذلك طبقا للمادة 1184 ق.ل.ع.م.[50]، والمادة 337 من قانون التجارة الجديد -التي تحيل على المواد 1184 إلى 1230 من مدونة قانون الالتزامات والعقود- وخاصة الفقرة الأخيرة من المادة 338 التي جاء فيها : «يمكن للدائن المرتهن أن يستوفي قيمة الأوراق التجارية المسلمة له على وجه الرهن».

ونختم هذا الموضوع بأن المادة 663 من مساطر المعالجة والتصفية القضائية تُمكن الدائن الحامل للتزامات مكتتبة، مظهرة «engagements endossés» أو مضمونة تضامنيا بواسطة شريكين أو عدة شركاء في الالتزام، خاضعين لإجراء تسوية أو تصفية قضائية، أن يصرح في كل إجراء بدينه بشأن القيمة الاسمية لسنده إلى تمام الوفاء «jusqu'à parfait paiement».

49. وقد جاء في هذه المادة ما يلي : «إذا كان المرهون نقودا أو سندات لحاملها تقوم مقام النقود كان للدائن أن يستوفي دينه منها، إن كان من نفس النوع، وليس عليه أن يسلم للمدين إلا ما فضل من دينه».

50. وقد نصت هذه المادة على ما يلي : «الرهن الحيازي للمنقول يخول للدائن الحق في أن يحبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وأن يبيعه عند عدم الوفاء به، وأن يستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر.».

الفصل الرابع

مقابل الوفاء، ووصول القيمة، وكمبيالة المجاملة، والقبول، والضمان الاحتياطي.

لا تعتبر المعطيات أو المؤسسات القانونية أعلاه، من البيانات الالزامية، التي يترتب على تخلفها بطلان الكمبيالة، إلا أنها تؤدي مع ذلك دورا هاما في حياة الكمبيالة، وتحديد المصير الذي ستنتهي إليه، ونرى لبيان هذه الأهمية، وذلك المصير، أن نقسم هذا الفصل إلى خمسة فروع هي التالية :

الفرع الأول : مقابل الوفاء ووصول القيمة ؛

الفرع الثاني : سفتجة أو كمبيالة المجاملة ؛

الفرع الثالث : القبول ؛

الفرع الرابع : التضامن أو الضمان الصرفي ؛

الفرع الخامس : الضمان الاحتياطي.

الفرع الأول

مقابل الوفاء ووصول القيمة

تقتضي طبيعة العلاقات التي تتفرع عن السفتجة أو الكمبيالة التفرقة مابين مقابل الوفاء أو المؤونة أو الرصيد «la provision»، ومابين وصول القيمة «la valeur fournie».

إن مقابل الوفاء هو دين «La créance» الساحب على المسحوب عليه، أو هو سبب العلاقة التي تربط الساحب بالمسحوب عليه، في حين أن وصول القيمة هو دين المستفيد أو الحامل على الساحب، أو المظهر إليه على المظهر أو هو سبب العلاقة التي تربط المستفيد أو الحامل بالساحب أو المظهر إليه بالمظهر.

ويعتبر بيان وصول القيمة بيانا اختياريا في قانون التجارة المغربي، ولدى التشريعات التي تأخذ بقانون جنيف الموحد، وبمعنى آخر، لا يترتب على تخلفه بطلان السفتجة أوالكمبيالة – تخلفه ووجوده سيان – إلا أن التشريع المصري الذي لا يأخذ بقانون جنيف الموحد، جعل من بيان وصول القيمة بيانا إلزاميا، (المادة 105)، يترتب على تخلفه بطلان الكمبيالة، أي أن هذا القانون، ألزم الساحب بأن يبرز في الكمبيالة، السبب الذي دفعه إلى سحبها لفائدة المستفيد وإلا كانت باطلة، كان يكتب الساحب «أدفع مقابل هذه الكمبيالة والقيمة وصلت نقدا أو قرضا أو بضاعة» وكذا «سيارة أو دراجة نارية أو غيرها».

ويستطيع الساحب في علاقة وصول القيمة، أن يتمسك ضد المستفيد الأول، والمظهر ضد المظهر إليه بالدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية والشخصية، كالدفع بعدم مشروعية السبب، أو الفسخ مثلا، إلا أن تظهير الكمبيالة يطهرها من الدفوع (المادة 171 من قانون التجارة الجديد التي سبق شرحها أثناء الكلام عن التظهير التام).

ولم يعد مقابل الوفاء كما كان في القديم العمولة أو المقابل الذي يدفعه الساحب إلى المسحوب عليه ليقوم بالوفاء في تاريخ الاستحقاق، وإنما يعتبر في الوقت الحاضر الحق الشخصي الثابت للساحب قبل المسحوب عليه، والذي يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بأن يدفع مبلغ السفتجة إلى المستفيد أو الحامل.

وتتنازع مقابل الوفاء في الوقت الحاضر نظريتان :

أولا : النظرية الفرنسية : تربط هذه النظرية الالتزام الصرفي بالعلاقات السابقة عن إنشائه، وتسلم بناء على تأويل القضاء بانتقال ملكية مقابل الوفاء من الساحب إلى المستفيد أو الحاملين المتعاقبين، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويتم هذا الانتقال في ظل هذا التأويل بعيدا عن قواعد حوالة الحقوق المدنية، وبعبارة ثانية، يسري هذا الانتقال في حق الغير ولو لم تراع مقتضيات المادة 195 من قانون الالتزامات والعقود -أي لا يشترط تبليغ الانتقال إلى المدين (المسحوب عليه) تبليغا رسميا، أو قبوله في محرر ثابت التاريخ- أو المادة 1690 من القانون المدني الفرنسي[1] ؛ وهكذا ينشأ في مضمون هذه النظرية ضمان إضافي لفائدة المستفيد أو الحامل المالك لمقابل الوفاء (وكذا المظهر إليه أو الحملة اللاحقون) يؤمن له الحصول

1. جوكلار وإبوليتو : دروس في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، سنة 1971، صفحة 501.

على مبلغ الكمبيالة إلى جانب دين الساحب، والضمانات الملحقة، عينية كانت[2] أو الشخصية[3].

وتترتب عن هذه النظرية بعض النتائج أهمها :

أ- يكون للمستفيد أو الحامل ضد المسحوب عليه دعوى صرفية تنشأ عن قبول الكمبيالة، ودعوى المطالبة العادية بمقابل الوفاء، تتقادم بالتقادم العادي، وتستعمل في نطاقها الدفوع الشخصية.

ب- يلتزم الساحب بتمكين الحامل من ممارسة حقوقه على مقابل الوفاء.

ج- لا يمكن للدائنين الشخصيين للساحب توقيع حجز ما لمدين لدى الغير (لدى المسحوب عليه) على مقابل الوفاء، خاصة إذا كانت الكمبيالة تحمل قبول المسحوب عليه.

ويأخذ قانون التجارة المغربي الجديد (كالقانون القديم في المادة 134 ف. 3، الذي وقع نسخه أو إلغاؤه) **بالنظرية الفرنسية** هاته – تأثرا بالمادة 116 من قانون التجارة الفرنسي، الذي استفاد من المادة 16 من ملحق التحفظات – وذلك في الفقرة الرابعة من المادة 166 التي جاء فيها : «... تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين».

ولا نميل بصراحة إلى النظرية الفرنسية، وكنا نتمنى لو تخلينا عنها لعدم وضوحها، ولتعدد إشكالياتها ومشاكلها، ولتناقض الأحكام الفرنسية المعالجة لها، ولغموض موقف محكمة النقض نفسها، ولتردد الفقه الفرنسي، ومناداة بعضه بتدخل التشريع لتنظيم مجالها وأبعادها وتحديد نتائجها.

ويعد من إشكاليات النظرية الفرنسية التساؤل حول ما إذا كان انتقال ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين من النظام العام أم لا؟، إلا أن الرأي استقر على أن انتقال مقابل الوفاء لا يعدو أن يكون مجرد ضمان إضافي للوفاء بالكمبيالة في تاريخ استحقاقها ؛ يحق للحملة المتعاقبين أن يتنازلوا عنه -هذا التنازل الذي لا يقع في الممارسة العملية إلا نادرا[4]- في أي وقت[4][2].

2. الرهون العقارية أو الحيازية.
3. الكفالة.
4. ميشيل جانتان : المرجع السابق، صفحة 177 فقرة 330.
4.[2] وتؤيد ذلك الفقرة الثانية من المادة 169 التي تنص على ما يلي : «ويجوز له أن يمنع تظهير جديدا، وفي هذه الحالة لا يكون ملزما بالضمان تجاه من تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق».

وتتجسد الصعوبة أو الإشكالية الثانية المستعصية في كيفية التوفيق بين مبدأ انتقال مقابل الوفاء فور إعطاء الكمبيالة إلى الحامل أو المستفيد، أو تظهيرها لفائدة مظهر إليه، ومبدأ عدم ضرورة وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب إلا في تاريخ الاستحقاق ؛ وليس في تاريخ الاصدار على خلاف ما يجري العمل به في الشيك ؛ حيث تندثر هذه الصعوبة كلية إذ اشترط المشرع توفير مؤونة أو رصيد الشيك قصد أدائه عند تقديمه تحت طائلة العقوبة الجنائية (المادة 316 من قانون التجارة الجديد)!

وترتب عن هذه التناقضات، وإن وصفها البعض بأنها ظاهرية أكثر منها حقيقية؛ التفرقة بين الأوضاع القانونية التي تهيمن على الكمبيالة، فإن كانت الكمبيالة تحمل قبول المسحوب عليه كان انتقال مقابل الوفاء قطعيا تجاه المسحوب عليه -أي خرج من ذمة الساحب إلى ذمة المسحوب عليه- والغير، لأن القبول يفترض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، قرينة قطعية في العلاقة بين الحامل والمسحوب عليه غير قابلة لإثبات العكس، وتنشأ عن هذا القبول نتائج قانونية هامة لعدم جواز حجز ما للمدين لدى الغير وغيره من النتائج. أما إذا كانت الكمبيالة لا تحمل قبول المسحوب عليه فإن الإشكاليات والصعوبات تكون أكثر جدية وتعقيدا، لأن انتقال مقابل الوفاء احتمالي فحسب، كما أن حق الحاملين المتعاقبين يبقى مهددا بالتزاحم والاندثار، خاصة، أن من حق الساحب إلى تاريخ الاستحقاق أن يطالب المسحوب عليه بإرجاع مقابل الوفاء إن قدمه، وقد يلجأ المسحوب عليه نفسه إلى طلب المقاصة إن توفرت شروطها، فضلا على أن الساحب قد لا يقدم مقابل الوفاء نهائيا، مما يجعل مبدأ انتقال مقابل الوفاء بحكم القانون نوعا من الخيال !

ويعتبر بعض الفقه الفرنسي، هذا التحليل يقبل المناقشة – مع اعترافه بغموض الاجتهاد القضائي، وسلبية التشريع – فحامل الكمبيالة، بصرف النظر عما إذا كانت تحمل قبول المسحوب عليه أم لا، يملك طبقا للفقرة الثالثة من المادة 116 فرنسية حقا على مقابل الوفاء، وأن هذا الحق ليس احتماليا، ولكن لا يحتج به دائما وفي كل الأحوال ضد الغير إلا إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة، لأن بالقبول يُفترض أنه تلقى مقابل الوفاء -انتقال مقابل الوفاء- حجة قاطعة لا تقبل إثبات العكس تجاه المسحوب عليه نفسه وتجاه سائر الاغيار[5].

وكل هذه الأسباب تجعلنا موضوعيا وعلميا نرجح النظرية الألمانية.

5. مشيل جانتان : المرجع السابق، صفحة 180 فقرة 333.

ثانيا : النظرية الألمانية : تعتبر النظرية الألمانية الالتزام الصرفي التزاما مجردا، وحرفيا، ومستقلا عن العلاقات السابقة، وتحصر طبيعة العلاقة التي تربط الحامل أو المستفيد بالساحب في ضمان هذا الأخير للقبول والوفاء، وضمان الوفاء هذا من النظام العام، لا يمكن التحلل منه طبقا للمادة 165 من قانون التجارة المغربي الجديد التي جاء فيها :

– الساحب ضامن للقبول والوفاء ؛

– ويجوز له أن يعفي نفسه من ضمان القبول، ويعد لاغيا كل شرط يقضي بإعفائه من ضمان الوفاء».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فقد أضعفت ضمان الوفاء، عندما خولت للساحب أن يتحلل منه هو الآخر -لم تجعله من النظام العام- وإن علقت ذلك على شرط وجود موقع آخر ملتزم في السفتجة، قد يكون المسحوب عليه القابل، وقد يكون المظهر، وقد يكون الضامن الاحتياطي.

وقد نصت على الاعفاء من ضمان الساحب للوفاء المادة 38 التي جاء فيها :

1- يلتزم الساحب بأن يدفع في حالة رفض قبول السفتجة أو رفض الوفاء بها، وبشرط عمل الاحتجاج اللازم، قيمة السفتجة لحاملها أو لأي مظهر أو ضامن لمظهر يدفع قيمتها ؛

2- يجوز بموجب شرط صريح في السفتجة، أن يعفي الساحب نفسه من التزامه بقبولها أو دفع قيمتها، أو أن يحد من هذا الالتزام ؛ ولا يكون لهذا الشرط أي أثر إلا بالنسبة إلى الساحب. وأي شرط يعفي من الالتزام بالوفاء أو يحد من هذا الالتزام لا يكون نافذا إلا إذا كان موقع آخر ملتزما في السفتجة أو أصبح ملتزما فيها».

ولقد تأثر القضاء المغربي بنظرية استقلال الالتزام الصرفي عن العلاقات السابقة، وتجسد ذلك في كثير من الأحكام -وقد يكون ذلك تأثرا بأفكارنا وبأنصار هذه النظرية كذلك- ومن ذلك قرار المجلس الأعلى -الغرفة الأولى- عدد 577 الصادر في 12 أكتوبر 1977 الذي جاء فيه : «1- لا يجوز للقاضي أن يرفض إجراء تحقيق الخطوط إلا إذا اعتبر أن هناك وسيلة أخرى مقبولة للإثبات.

2- تشكل الكمبيالة في حد ذاتها سندا تجاريا مستقلا عن العلاقة التي أدت إلى إنشائها، وأن واقعة سبق المعاملة مع الحامل لها لا تصلح قرينة لإثبات الدين

المتمثل في قيمتها».[5][2].

ويشترط في مقابل الوفاء توفر عدة شروط نذكر أهمها وهي التالية :

1- أن يرتكز مقابل الوفاء على سبب، وأن يكون هذا السبب مشروعا، إلا أن بطلان مقابل الوفاء لسبب أو باعث غير مشروع لا يؤدي إلى بطلان السفتجة ؛ فمقابل الوفاء ليس بيانا من البيانات الإلزامية، زد على ذلك أن الكمبيالة تتميز بالتجريد واستقلال التوقيعات، والتداول و التظهير يطهرها من الدفوع الشخصية (المادة 171 من قانون التجارة الجديد) ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين.

2- أن يكون موضوع مقابل الوفاء مبلغا من النقود، ولا تزول عنه هذه الصفة حتى ولو اتخذ في بعض الأحيان شكل تسليم بضاعة أو أوراق تجارية، لأن هذه الأشكال وإن اختلفت لا يمكن أن تكون في جوهرها سوى نقودا تُشكل ثمن البضاعة أو المبلغ المحصل من الأوراق التجارية[6] أو القرض.

3- أن يكون دين الساحب على المسحوب عليه مساويا على الأقل لمبلغ الكمبيالة : يظهر هذا الشرط جليا من الفقرة الثانية من المادة 166 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يعد مقابل الوفاء موجودا، إذا كان المسحوب عليه في تاريخ استحقاق الكمبيالة مدينا للساحب أو لمن سُحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة».

وتعني هذه الفقرة أن مقابل الوفاء يكون موجودا إذا كان دين الساحب على المسحوب عليه يساوي أو يزيد عن مبلغ الكمبيالة، ويكون غير موجود، إذا كان دين الساحب يقل عن مبلغها الذي يعبر عنه بمقابل الوفاء الناقص أو الجزئي مع مراعاة أن مقابل الوفاء الناقص، كعدم وجوده، لا يبطل الكمبيالة لأنه ليس من البيانات الالزامية، خاصة أن القانون يجيز من جهة أخرى الوفاء الجزئي، وبعبارة الفقرة الثانية من المادة 185 «لا يجوز للحامل أن يفرض وفاء جزئيا» ويجيز أيضا قبول

5.[2] المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد العدد 4 - يونيو 1978 صفحة 119.

6. وقد علق على هذه الظاهرة مصطفى كمال بقوله «ان البضائع أو الأوراق التجارية ليست في الواقع إلا مصادر أو غطاء لمقابل الوفاء،... وأن مقابل الوفاء لا يتكون من البضائع أو الأوراق التجارية ذاتها، بل من الدين النقدي الذي ينشأ لصالح الساحب على إثر تسليم هذه البضائع أو الأوراق إلى المسحوب عليه، وقد يوجد مقابل الوفاء دون أن يتلقى المسحوب عليه شيئا من الساحب ودون أن يتوافر هذا الغطاء، كما لو ارتضى المسحوب عليه فتح اعتماد لصالح الساحب».

- الوجيز في القانون التجاري، الجزء الثاني، طبعة 1971، صفحة 100 و 101 ، فقرة 122.

الكمبيالة قبولا جزئيا (المادة 176)[7].

4- أن يكون مقابل الوفاء موجودا وقابلا للتصرف فيه أو جاهزا «disponible» وناجزا «certaine» ومعينا أو مقدرا «liquide» ومستحقا «exigible» في تاريخ الاستحقاق :

لقد تمت صياغة سائر المؤسسات الأربع أعلاه المتضمنة لهذا الشرط من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي، وإن لم تتكلم عن أية واحدة منها المادة 116 من قانون التجارة الفرنسي التي خُصصت لمقابل الوفاء، ولكن قانون التجارة المغربي الجديد كان له سبق تبنيها ومبرزا إياها في فقرة خاصة، هي الفقرة الثالثة من المادة 166 التي جاء فيها : «يجب أن يكون دين الساحب على المسحوب عليه عند حلول أجل الكمبيالة ناجزا ومعينا وجاهزا».

ويلاحظ، أن قانون التجارة المغربي الجديد، على الرغم من الجهد الذي بذله اكتفى، غالبا عن سهو، بذكر ثلاث مؤسسات من أربع، إذ أغفل المؤسسة القانونية الرابعة وهي أن يكون مقابل الوفاء قابلا للتصرف فيه «disponible» وجاهزا ؛ مع وجود خطأ في الترجمة، فالكلمة الفرنسية «exigible» لا تعني جاهزا، وإنما تعني مستحقا أو واجب الأداء في تاريخ الاستحقاق.

ويعتبر مقابل الوفاء موجودا، إذا كان المسحوب عليه في تاريخ أو ميعاد استحقاق الكمبيالة مدينا للساحب أو للآمر بالسحب أي لمن سحبت الكمبيالة لحسابه -في حالة سحب كمبيالة لحساب الغير- بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة (الفقرة 2 من المادة 166)، ولا يشترط هذا الوجود عند إنشاء الكمبيالة أو إصدارها، وإنما يلزم أن يتوفر في تاريخ الاستحقاق، وهذا ما يفرق فعلا -إلى جانب فروق أخرى- ما بين الكمبيالة والشيك، الذي لا يمكن أن يكون سوى أداة للوفاء والصرف.

وتترتب عن هذه التفرقة نتيجة هامة هي وجوب قيام أو وجود المؤونة أو الرصيد في الشيك عند إصداره أو إعطائه (المادة 70 من القانون القديم) إلا أن القانون الجديد استبدل هذه العبارة بعبارة أخرى هي «ساحب الشيك الذي أغفل أو لم يقم بتوفير مؤونة الشيك قصد أدائه عند تقديمه» (المادة 316 من قانون التجارة الجديد).

7. وقد جاء في الفقرة الثالثة منه : «... يجب أن يكون القبول ناجزا، ويجوز للمسحوب عليه أن يحصره في جزء من مبلغ الكمبيالة».

فإن تخلف وجود الرصيد في الشيك عند تقديمه قامت جريمة شيك بدون رصيد أو مؤونة، التي يعاقب عليها جنائيا.

ويتراوح قدر العقوبة ما بين سنة وخمس سنوات حبسا، وغرامة بين 2000 و 10.000 درهم (المادة 316) دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص.

يقدم مقابل الوفاء الساحب أو الشخص الذي تسحب الكمبيالة لحسابه (الفقرة الأولى من المادة 166 من قانون التجارة الجديد) ويقع عبء الإثبات على عاتقهما مع مراعاة أن الساحب لحساب الغير يبقى ملزما شخصيا تجاه المظهرين والحامل دون سواهم.

ويجعل اثبات وجود مقابل الوفاء المسحوب عليه المدين الرئيسي في الكمبيالة من الدرجة الأولى، والساحب والمظهرين مجرد مدينين أصليين من الدرجة الثانية (المادتان 165 و 169 من قانون التجارة الجديد) ؛ ما عدا الضامن الاحتياطي أو الضامنون الاحتياطيون الذين لا يكفلون سوى الشخص أو الأشخاص الذي أو الذين قدم له أو لهم الضمان.

وتختلف الفائدة المرجوة من إثبات مقابل الوفاء باختلاف المصلحة التي يهدف بعض الأطراف في العلاقة الناشئة عن السفتجة إلى تحقيقها.

فقد يلجأ الساحب إلى إثبات مقابل الوفاء تجاه المسحوب عليه، إما عند إقامة دعوى الرجوع -لاسترداد ما قام به من وفاء عن المسحوب عليه- أو عند رد دعوى المسحوب عليه الذي يزعم الوفاء دون أن يتلقى المقابل، أو تجاه الحامل المهمل الذي يسقط حقه في الرجوع على الساحب إذا أثبت هذا الأخير وجود مقابل الوفاء (طبقا للمادة 206 من قانون التجارة الجديد)[8]. وبعبارة أخرى لا يسوغ للساحب أن يدفع بسقوط الدعوى أو المطالبة ضد الحامل المهمل إلا إذا كان قد قدم مقابل الوفاء، ويجب عليه -أي الساحب- في حالة النزاع أن يثبت وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه ولو كان قابلا للكمبيالة وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 206 التي جاء فيها : «... لكن السقوط لا يسري مفعوله تجاه الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق. وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل حق المطالبة إلا ضد المسحوب عليه».

8. وقد جاء في المادة 206 أعلاه : «يسقط حق الحامل بالرجوع على المظهرين والساحب وبقية الملتزمين باستثناء القابل بعد انصرام الآجال المحددة ...».

وقد يلجأ الحامل إلى إثبات مقابل الوفاء في مواجهة المسحوب عليه غير القابل، لأن هذا الإثبات يشكل السبيل الوحيد أمام الحامل للحصول على مبلغ الكمبيالة من لدن المسحوب عليه.

وتختلف طرق إثبات مقابل الوفاء باختلاف ما إذا كان دين الساحب على المسحوب عليه دينا مدنيا أم تجاريا -لارتباطه بعلاقة عادية سابقة وخارجة عن إطار الكمبيالة- فإن كان الدين تجاريا كان الإثبات بكافة وسائل الإثبات طبقا للمادة 334 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها «تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك»[9] ، أما إذا كان الدين مدنيا فلا يمكن إثباته إن تجاوزت قيمته 250 درهم إلا بالكتابة الرسمية أو العرفية أو بما هو أقوى من الكتابة (المادة 443 من قانون الالتزامات والعقود).

وتقوم إلى جانب القواعد العادية هاته لإثبات مقابل الوفاء، قرينة هامة تستند على قبول المسحوب عليه، وتختلف قوتها باختلاف أطراف العلاقة فتارة تكون صرفية قاطعة، وتارة أخرى بسيطة تعاقدية قابلة لإثبات العكس.

يفترض القبول وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه (الفقرة الخامسة من المادة 166)، وبعبارة أخرى، أن توقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول ينهض أو يشكل قرينة وجود مقابل الوفاء، إلا أن قوة هذه القرينة تختلف باختلاف ما إذا كانت العلاقة أو النزاع بين الساحب والمسحوب عليه، أو بين الحامل أو المظهرين والمسحوب عليه، وبعبارة ثانية، إن أهمية هذه القرينة تضعف إن لم نقل يبطل مفعولها نهائيا في العلاقة ما بين الساحب والمسحوب عليه، لأن أغلب التشريعات جعلت على عاتق الساحب عند إنكار المسحوب عليه سواء كان قابلا أو غير قابل للكمبيالة إثبات مقابل الوفاء (الفقرة 7 من المادة 166 من قانون التجارة الجديد) ولكن أهميتها تقوى إلى درجة الحجة أو القرينة القاطعة في العلاقة ما بين الحامل أو المظهرين والمسحوب عليه القابل طبقا للفقرة السادسة من المادة 166 التي نصت على أنه : «ويعتبر ذلك حجة تجاه المظهرين».

وينبغي التميز هنا بين الحالتين الآتيتين :

أ- يفترض في حالة ما إذا كان المسحوب عليه غير قابل للكمبيالة -أي غير

9. ولقد وضعت هذه المادة في غير موضعها، إذا كان مكانها الملائم هو القسم الأول الخاص بالأحكام العامة؛ فحرية الإثبات لا تخص العقود فحسب، بل كل التصرفات والمعاملات التجارية.

موقع عليها- أنه لم يتلق مقابل الوفاء، ويقع عبء الاثبات على من يدعي عكس ذلك :

يقع عبء الإثبات على الساحب في علاقته بالمسحوب عليه غير القابل ؛ وعلى الحامل في علاقته بالمسحوب عليه غير القابل كذلك، وبمعنى آخر، فإن لم يحصل الحامل على مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، تحمل الساحب بالوفاء ما لم يقم بإثبات وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، ويقع على عاتقه هذا الإثبات ولو كان الحامل مهملا.

ب- يفترض وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه – الموقع على الكمبيالة – أي يعتبر هذا القبول أو التوقيع قرينة على وجود مقابل لوفاء لديه إلا أن هذه القرينة :

تكون قرينة قاطعة «Irréfragable» أي لا تقبل إثبات العكس في العلاقة ما بين المسحوب عليه والحامل وباقي المظهرين، لأن العلاقة هنا علاقة صرفية تقوم على الضمان، وحماية الثقة في الكمبيالة وفق ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 166 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «ويعتبر حجة على ذلك تجاه المظهرين». لكن القانون الكويتي كان أكثر صراحة إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 434 على مايلي:

«1- يعتبر قبول الكمبيالة قرينة على وجود مقابل لوفائها لدى القابل، ولا يجوز إثبات عكس هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل...».

وتكون قرينة تعاقدية بسيطة تقبل إثبات العكس في العلاقة ما بين الساحب والمسحوب عليه القابل، وبمعنى آخر، يجوز للمسحوب عليه بالرغم من قبول الكمبيالة أن يدعي عدم تلقيه مقابل الوفاء، ويقع على الساحب دون غيره في حالة انكار المسحوب عليه، سواء كان قابلا أو غير قابل عبء إثبات وجود مقابل الوفاء -بالرغم ما في ذلك من خلاف لقواعد القانون العادي- فإن لم يفلح ضاعت حقوقه، وكان ضامنا للوفاء ولو كان الحامل مهملا. وهو ما نصت عليه الفقرة السابعة والأخيرة من المادة 166 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها «... وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الإنكار، سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل ان المسحوب عليهم، كان لديهم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق. فإن لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو وقع الاحتجاج بعد المواعيد المحددة».

وقد تغاضى المجلس الأعلى على رأينا عن هذه القاعدة الأخيرة، وطبق قواعد القانون العادي إما خطأ أو سهوا، أو مسايرة للاجتهاد القضائي الفرنسي الذي، لا نراه ملائما، وسنتعرض إليه فيما بعد، على ما يبدو من القرار الصادر بتاريخ 25

نوفمبر 1958 الذي جاء فيه : «قبول السفتجة أو الكمبيالة يفترض طبقا للفقرة الرابعة من المادة 134[10] من قانون التجارة، وجود مقابل وفاء صحيح في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، وعلى هذا الأخير يقع عبء إثبات عدم وجود مقابل الوفاء لدفع دعوى الساحب».

ولا يعني هذا الموقف أن المسحوب عليه يُحْرم من حقه في إثبات عكس ما يدعيه الساحب من تقديم لمقابل الوفاء، فهذا حق طبيعي له، ولكن يستعمله عن حرية وطواعية واختيار، ولا يفرض عليه، فإن عجز عن الإثبات لتعذر ذلك عليه، وأنكر أنه تلقى مقابل الوفاء وجب على الساحب القيام بإثبات تقديم مقابل الوفاء وذلك لسببين ركز عليهما قانون الصرف وهما :

1- أن الساحب أو الشخص الذي تُسحب الكمبيالة لحسابه هما الملزمان بتقديم مقابل الوفاء «la provision»، ويبقى الساحب لحساب الغير في هذه الحالة ملزما شخصيا تجاه المظهرين والحامل دون سواهم (المادة 166 ف1) ؛

2- على الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الإنكار «en cas de dénégation»، سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل أن المسحوب عليهم كان لديهم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق (المادة 166 ف7).

ولقد جاءت هذه القاعدة عامة لا تفرق بين حامل أو مظهر أو مسحوب عليه، ولا يكفي توقيع المسحوب عليه بالقبول في هذه العلاقة التعاقدية بين المسحوب عليه والساحب ليتهرب هذا الأخير من عبء الإثبات، خاصة أن التشريع اشترط توفر مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق لا في تاريخ الإنشاء، ولا يوجد ما يمنع من جهة أخرى أن يكون قبول المسحوب عليه سابقا عن تقديم مقابل الوفاء، لأن هذا الأخير ليس بيانا إلزاميا لصحة الكمبيالة، ولأن هذه الأخيرة أداة للائتمان والوفاء، وليست كالشيك الذي هو أداة للوفاء فحسب.

ونشير، فيما يتعلق بهذه المسألة إلى قضاء محكمة النقض -الغرفة التجارية- المساند لقضاء المجلس الأعلى، الذي جاء فيه -بتاريخ 4 يناير 1980- يقع عبء إثبات عدم وجود مقابل الوفاء على عاتق المسحوب عليه القابل الذي يثيره

10. في ظل القانون القديم المنسوخ أو الملغى ؛ وقد اعتبر هذا القرار قضاء المحكمة، خلافا للمادة أعلاه، قد قلب عبء الإثبات في حين أنه طبق القاعدة تطبيقا سليما من وجهة نظرنا. جريدة المحاكم المغربية الصادرة في 10 يناير 1959 صفحة 1.

«la charge de la preuve du défaut de provision incombe au tiré accepteur qui l'invoque[11]».

ويساير هذا النهج الذي سلكه قضاء المجلس الأعلى المبادىء المستقرة في القانون العادي، وفي تشريعات كثير من الدول العربية، وفقهها وقضائها -إلا أن فيه خرقا لنصوص صريحة في قانون الصرف وفي القانون التجاري المغربي- على سوف ما نبين :

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 426 من القانون التجاري السوري على مايلي : «قبول المسحوب عليه للسفتجة دليل على وجود المقابل لديه إلا إذا أثبت العكس».

ويختلف النص السوري عن النص المغربي (المادة 166 ف7) في أنه يأخذ صراحة بقواعد القانون العادي لا بقواعد قانون الصرف، إذ حمل المسحوب عليه عبء إثبات العكس.

وقد شرح الفقه السوري هذه الفقرة بما يتفق نسبيا مع اجتهاد المجلس الأعلى المخالف للنص المغربي، إلا أنه يجعل عبء إثبات عكس ذلك اختياريا وليس إلزاميا أي حق للمسحوب عليه وليس واجبا عليه. إذ يرى رزق الله الأنطاكي ونهاد السباعي : «اعتبر الاجتهاد أن قبول المسحوب عليه السند يشكل قرينة بأن مقابل الوفاء موجود لديه. ولكن هذه القرينة تقبل الدليل المعاكس، فيحق للمسحوب عليه القابل أن يثبت بمواجهة الساحب، أنه دفع على المكشوف. ويتم الإثبات بجميع الوسائل المقبولة في المواد التجارية»[12].

ويمكن أن يعود الحامل على المسحوب عليه القابل بناء على قاعدة قانون الصرف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 178 من القانون التجاري الجديد التي جاء فيها : «يلتزم المسحوب عليه بمجرد القبول بوفاء الكمبيالة عند تاريخ الاستحقاق.

يخول للحامل عند عدم الوفاء، ولو كان هو الساحب ذاته، حق مطالبة المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة بكل ما تجوز المطالبة به بموجب المادتين 202 و 203 ...».

11. مدونة التجارة – دالوز 1994 - 1995 صفحة 93.

12. رزق الله الأنطاكي ونهاد السباعي : الوجيز في الحقوق التجارية طبعة 1961، صفحة 308، مصطفى كمال طه : المرجع السابق صفحة 104 بند 127.

ولم يتناول التشريع المغربي لسنة 1913 مآل ملكية مقابل الوفاء عند شهر إفلاس الساحب أو المسحوب عليه، إلا أن بعض القوانين قد تعرضت لمثل هذه الحالة، ذلك أن القانون الأردني نص في المادتين 137 و 138 على أن مقابل الوفاء يكون للحامل دون غيره من دائني التفليسة في حالة إفلاس الساحب ؛ أما إذا أفلس المسحوب عليه، وكان مقابل الوفاء دينا في ذمته، دخل هذا الدين في موجودات التفليسة.

ولقد تخلى القانون الجديد عن نظام الإفلاس آتيا بمسطرة جديدة لمعالجة صعوبات المقاولة، وللتصفية القضائية (المواد 545 إلى 736)، وقد أغفلت هذه المساطر كذلك التعرض إلى مصير مقابل الوفاء عند الحكم بفتحها، -وان كان من اللازم في الممارسة العملية العمل بما يجرى أو يطبق في التشريع المقارن والتشريع الأردني- ولكن هذه المساطر تخول للدائن الحامل للتزامات مظهرة «endossés» أن يصرح في كل إجراء بدينه بشأن القيمة الاسمية لسنده إلى تمام الوفاء «jusqu'à parfait paiement» (المادة 663 من قانون التجارة الجديد).

ولم يتعرض القانون المغربي، لا القديم المنسوخ ولا الجديد، من جهة أخرى إلى حالة تزاحم عدد من الحملة على مقابل وفاء واحد، أو سحب سفاتج أو كمبيالات عديدة على مقابل وفاء واحد.

ونرى من المفيد هنا أن نُدرج الحلول التي اختارها القانون التجاري الأردني لأهميتها، وهي التالية :

أ- إذا سُحبت أسناد السحب (كمبيالات) في تاريخ واحد، قدم السند الحامل لقبول المسحوب عليه.

ب- وإذا لم يحمل أي سند قبول المسحوب عليه قدم السند الذي خصص لوفائه مقابل الوفاء.

ج- يراعى بالنسبة للأسناد الأخرى فيما يتعلق بحقوق كل من حامليها في استيفاء مطلوبهم تواريخ سحبها، ويكون حامل السند الأسبق تاريخا، مقدما على غيره، أما الأسناد المشتملة على شرط عدم القبول، فتأتي في مرتبة أخيرة.

الفــرع الثانــي

كمبيالة المجاملة

يقصد بسفتجة أو كمبيالة المجاملة «lettre de change de complaisance» الكمبيالة التي يسحبها الساحب قصد الحصول على ائتمان دون مقابل وفاء، وقد يكون هذا الائتمان في بعض الحالات وهميا، لعدم ارتباط الساحب بالمسحوب عليه ارتباطا حقيقيا، يلزم هذا الأخير بالوفاء بالكمبيالة في تاريخ الاستحقاق.

اختلف الفقه والقضاء مبدئيا في مدى صحة أو بطلان كمبيالة المجاملة.

يذهب فريق أول، إلى أن كمبيالة المجاملة كمبيالة صحيحة بالمعنى الفني والقانوني المُنظم -وهذه حالة التشريع الألماني، الذي يعتمد نظرية التصرف المجرد، واستقلال الالتزام الصرفي عن العلاقات السابقة- لهذه الورقة التجارية، لأن الالتزام بالكمبيالة التزام صرفي، ومجرد، وحرفي، ومستقل عن العلاقات الأصلية السابقة، زد على ذلك أن مقابل الوفاء أو المؤونة ليس بيانا إلزاميا يترتب عن تخلفه البطلان.

ويرى فريق آخر، كان راجح الرؤية، -النظرية الفرنسية- أن كمبيالة المجاملة باطلة، لعدم مشروعية السبب، فالائتمان الوهمي يخالف الأخلاق والنظام العام ويدنس أو يدوس مبادئ الشرف والثقة التي تقوم عليها التجارة.

وقد رد هذا الفريق الثاني دفوع النقاد، بأن التمسك بعدم مشروعية السبب لا يعمل أثره الوقائي أو يعتد به إلا في العلاقات المباشرة، وأن التطهير يطهر الكمبيالة من الدفوع يقوم على التفرقة ما بين الحامل حسن النية، الذي لا يعلم واقعه المجاملة، ولا يسوغ التمسك ضده بالبطلان، والحامل سيء النية الذي لا يجهل المجاملة ويجوز التمسك ضده بهذا البطلان.

ويمكن لحامل حسن النية في ظل هذه التفرقة أن يتابع من أجل استيفاء مبلغ الكمبيالة جميع الموقعين ولو كان السبب الذي قامت عليه غير مشروع، بينما يفقد هذا الحق كل من الساحب والمسحوب عليه والحامل سيء النية لعدم جواز استفادة الشخص من غشه -طبقا للقاعدة الرومانية المشهورة- وبمعنى آخر، أن الغش لا يولد

سوى الغش، إلا أن الاتجاه القضائي الحديث بدأ يميل نحو الإنصاف أكثر من التمسك بالشكل، معطيا الحق للمسحوب عليه إن وفى مبلغ كمبيالة المجاملة أن يراجع الساحب على أساس دعوى الإثراء بلا سبب إن توفرت شروطها.

ولقد بدأ الفقه الفرنسي يلطف من الموقف تجاه كمبيالة المجاملة، التي تعتبر مبدئيا باطلة لعدم مشروعية السبب ؛ وللعلل السابقة ؛ خاصة، أن عبارة «كمبيالة المجاملة» غالبا ما تُستعمل في نظرنا استعمالا تعسفيا ومغلوطا، فالكاتب الفرنسي جانتان «Jeantin» يرى عن حق ؛ ليست كل كمبيالة لا تتوفر على مقابل الوفاء «كمبيالة مجاملة» باطلة، فكل كمبيالة مجاملة لا يرمي الساحب من ورائها إلى خداع الغير تكون كمبيالة سليمة وصحيحة. وبمعنى آخر، ينبغي حصر عبارة «كمبيالة المجاملة» في الكمبيالات التي يهدف الساحب من إنشائها إلى خداع الغير[13].

ويميز عامةبين الحالتين التاليتين :

أولا : أن يسحب الساحب كمبيالة دون مقابل وفاء على مسحوب عليه وهمي، أي لا وجود له ؛ وهو ما يعرف في الفقه والقضاء الفرنسيين تحت اصطلاح السحب في الهواء أو الفراغ «Tirage en l'air».

يسأل الساحب عن هذا السحب غير المشروع مدنيا -دعوى التعويض عن العمل غير المشروع- وجنائيا :

يتابع الساحب التاجر أو الحرفي المتوقف عن دفع ديونه كيفما كانت طبيعتها تجارية أو مدنية (المادة 563 من قانون التجارة الجديد) -غالبا ما يلجأ التجار إلى هذا الأسلوب لإخفاء التوقف عن الدفع- من أجل ارتكاب جريمة التفالس. إن لجأ إلى وسائل مجحفة قصد الحصول على أموال بغية تجنب أو تأخير فتح مسطرة المعالجة (المادة 721 من قانون التجارة الجديد)، ويعاقب المتفالس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين ؛ ويتعرض كذلك كل المشاركين في التفالس للعقوبة نفسها، وإن لم تكن لهم صفة مسيري المقاولة (المادة 722)، وتضاعف هذه العقوبة عندما يكون المتفالس مسيرا قانونيا أو فعليا لشركة ذات أسهم مسعرة ببورصة القيم (المادة 722 ف3).

13. المرجع السابق، صفحة 175، فقرة 326.

ويتعرض هؤلاء فوق ذلك لسقوط الأهلية التجارية (المادة 723 من قانون التجارة الجديد)[14].

وقد يتابع الساحب سواء كان تاجرا أو غير تاجر، متوقفا عن الدفع أو غير متوقف بجريمة النصب لاستعماله الاحتيال قصد الحصول على منفعة مالية.

ويعاقب حسب المادة 540 من القانون الجنائي بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم[15].

ثانيا : أن يتم الاتفاق والتواطؤ بين الساحب والمسحوب عليه، يسحب بمقتضاه الساحب على هذا الأخير سفتجة أو كمبيالة دون مقابل وفاء، أو ما يعرف بكمبيالة المجاملة.

يفرق الفقه والقضاء هنا بين حالتين غالبتين :

أ- أن يقبل المسحوب عليه الموسر القادر -كالبنك مثلا- على وفاء كمبيالة المجاملة، هادفا إلى فتح اعتماد لحساب الساحب «L'ouverture de crédit par acceptation» يدفع في تاريخ الاستحقاق.

تعتبر هذه المجاملة عملا مشروعا، وتألفها الحياة التجارية التي تقوم على التمويل والثقة، لأن فتح الاعتماد يعد مؤونة صحيحة.

ونؤيد هذا الاتجاه للأسباب التالية :

1) لا يشترط وجود مقابل الوفاء عند إنشاء أو إصدار الكمبيالة، وإنما ينبغي أن يتوفر في تاريخ الاستحقاق.

2) إذا أنكر المسحوب عليه وجود الاعتماد أي مقابل الوفاء، يقع على عاتق الساحب إثبات وجوده، ويكون ذلك بكافة وسائل الإثبات، فإن لم يفلح كان ضامنا للوفاء ولو وقع الاحتجاج «Protêt» بعد المواعيد المقررة. (الفقرة الأخيرة من

14. ويلاحظ أن القانون الجديد جرم التفالس وحدد له العقوبة، دون الإحالة على القانون الجنائي، خلافا للقانون القديم، وحسنا فعل.

15. وقد جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة ما يلي : «يعد مرتكبا لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليوقع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره، ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر».

المادة 166).

3) توقيع المسحوب عليه بالقبول في نظر النظرية الالمانية الحديثة يعتبر بحد ذاته التزاما صرفيا مجردا وحرفيا ومستقلا عن العلاقات السابقة.

4) يعد فتح الاعتماد روح التجارة وقلبها النابض، إذ يعتبر عملا مشروعا، ومؤونة جدية وقائمة.

ب- أن يقوم الاتفاق بين الساحب والمسحوب عليه على الغش أو الاحتيال بغاية الحصول على الائتمان الوهمي، إما بقصد الحصول على المال، أو تسهيل عملية الخصم، أو يكون مرتكز هذا الاتفاق التدليسي نظام المعاملة بالمثل الذي يخول لطرفي العلاقة -الساحب والمسحوب عليه- بأن يسحب كل واحد منهما على الآخر كمبيالة مجاملة. الذي يعبر عنه بالسحب التناوبي أو الدوري «Tirage croisé».

وتعتبر كمبيالة المجاملة هاته، التي تعرف في المؤسسة القانونية الفرنسية، بلعبة الفرسان «la cavalerie» الجامحة، كمبيالة غير مشروعة وباطلة.

وتخضع هاته الكمبيالة التي يصفها الدكتور علي سلمان العبيدي بالتسيب والعملة التجارية المزورة[16] لنظام التعويض المدني لإصلاح الأضرار ونظام الجزاء الجنائي لارتكاب إما جريمة التفالس -المشار إليها ولعقوبتها سابقا- أو جريمة النصب (الفصل 540 جنائي) فإن اجتمعتا، حكم بأشد عقوبة.

ويأخذ القضاء المغربي ضمنيا بمشروعية كمبيالة المجاملة التي تهدف إلى فتح اعتماد، عندما وقع الكلام في بعض الأحكام على المجاملة مقابل المجاملة، ويفرق هذا القضاء أيضا بين الحامل حسن النية وبين الحامل سيء النية، أي يجوز التمسك بالبطلان في مواجهة الثاني دون الأول.

ويستنتج هذا المضمون من المبدأ الذي أقرته محاكم الرباط في 27 مارس 1956، والذي جاء فيه : «لا يمكن للمسحوب عليه القابل لورقة قام بخصمها الساحب، أن يزعم بأن المصرف أو البنك كان يقصد الإضرار بمصالحه عندما قبل خصم هذه الورقة، إذ لا يوجد دليل على أن المصرف كان على علم بالصعوبات المالية، التي يعاني منها الساحب، أو يعرف بأن هذه الورقة سفتجة مجاملة كانت مقابل سفتجة

16. الأوراق التجارية في التشريع المغربي طبعة 1970 صفحة 184.

مجاملة أخرى»[17].

ويساير هذا الحكم مسيرة الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي رفض دعوى الرجوع التي رُفعت من طرف مصرف -بنك- قام بخصم كمبيالة عن سوء نية -يعلم أنها كمبيالة مجاملة- ضد المسحوب عليه المتواطئ في كمبيالة المجاملة، إلا أنه منح للمصرف الحق في أن يسترد المبلغ المخصوم «escompté» من الساحب (نقض تجاري ف21 يونيو 1977)، ولكن ومهما كان الأمر، فإن بطلان «كمبيالة المجاملة» لا يحتج به تجاه الحامل الحسن النية، أي أن المسحوب عليه القابل لكمبيالة المجاملة يلزم بالوفاء للحامل الحسن النية، ويكون له عند ذلك حق الرجوع على الساحب بدعوى الإثراء بلا سبب (نقض في 21 مارس 1910)[18].

وتختلف سفتجة المجاملة من جهة أخرى عن سندات التجديد «Effets de renouvellement».

ويقصد بسند التجديد استبدال سند حل تاريخ استحقاقه بسند جديد يستحق في تاريخ لاحق لتاريخ استحقاق السند القديم، مقابل الفوائد والمصروفات.

قد يركن إلى سند التجديد أو سندات التجديد -لإمكانية تكرار العملية لأكثر من مرة- المدين الذي لا يقدر على الوفاء في تاريخ الاستحقاق، فيطلب آجالا جديدة تتجدد بتحرير كمبيالات جديدة.

إن ما يميز سند التجديد عن كمبيالة المجاملة هو ارتكاز سند التجديد على مقابل وفاء صحيح وموجود، -أي أن دين الساحب على المسحوب عليه قائم- إلا أن الوفاء لن يتأتى في تاريخ الاستحقاق بل في تاريخ مؤجل جديد قد يكون شهرا أو ثلاثة أشهر أو ستة قابلة للتجديد[19].

ويمكن التمثيل لسند التجديد بسحب كمبيالة أولى تكون واجبة الاستحقاق بعد ستة أشهر، ويوقع عليها المسحوب عليه بالقبول، وتخصم لدى أحد المصارف، فيقوم الساحب بإصدار كمبيالة جديدة على المسحوب عليه، تخصم بدورها على أن تستعمل المبالغ المحصلة للوفاء بالكمبيالة الأولى.

17. جريدة المحاكم المغربية، بتاريخ 25 نوفمبر 1957، صفحة 135.
18. جوفري المرجع السابق، صفحة 510، فقرة 773.
19. جوكلار وإبوليتو : دروس في القانون التجاري، طبعة 1971 صفحة 499.

الفرع الثالث

القبول «L'acceptation»

يُقصد بقبول الكمبيالة التزام المسحوب عليه بدفع المبلغ الثابت فيها في تاريخ الاستحقاق إلى المستفيد أو الحامل.

وينشأ هذا الالتزام أو التصرف الصرفي في ذمة المسحوب عليه بالتوقيع على الكمبيالة بالقبول. وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة 40 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، التي جاء فيها :

«1- لا يلزم المسحوب عليه بموجب السفتجة إلا إذا قبلها.

2- يلتزم قابل السفتجة بأن يدفع لحاملها، أو لأي موقع يدفع قيمتها، مبلغ السفتجة وفقا لشروط قبوله».

وينتج عن القبول ضمان جديد، وبمعنى آخر، يضاف مدين جديد بضمان جديد يلتزم بالوفاء بمبلغ الكمبيالة إلى جانب الساحب، الذي كان المدين الرئيسي في علاقة وصول القيمة ؛ إلا أن هذا الضمان الجديد، يجعل المسحوب عليه القابل يحل محل الساحب ليصبح المدين الأصلي تجاه الحامل وفق منصوص المادة 178 من قانون التجارة الجديد.

وتجعل المادة 178 المسحوب عليه القابل، ملتزما بوفاء مبلغ الكمبيالة في تاريخ استحقاقها ؛ ويمنح كذلك للحامل ولو كان هو الساحب نفسه -كأن تظهر إليه الكمبيالة أو يكون ساحبا ومستفيدا حاملا (المادة 161 ف1)- حق ادعاء مباشر ناتج عن الكمبيالة ضد هذا القابل -عند عدم الوفاء- وشامل لكل ما يمكن أن يطالب به في نطاق ما تخوله له المادتان 202 و 203 من مبالغ، وفوائد اتفاقية ومصروفات الاحتجاج «البُروتستو» والاخطارات وغيرها.

ويتبين من المقتضيات أعلاه، أن حق الادعاء المباشر الناتج عن الكمبيالة ضد المسحوب عليه، التزام صرفي متولد عن القبول -تصرف بإرادة المسحوب عليه المنفردة- ومجرد لا يرتبط لا بالدّين الأصلي «Créance» ولا بمقابل الوفاء أو المؤونة «la provision».

ولا يعتبر تقديم الكمبيالة للقبول في الأصل سوى رخصة أو حق بيد الحامل، يملك كامل الحرية وكل الصلاحيات في أن يستعمل هذا الحق أو الرخصة إلى تاريخ الاستحقاق، كما يمكن له أن يغفل أو يهمل استعمال هذه الرخصة، ويحتفظ بالكمبيالة ولو دون قبول إلى أن يقدمها للوفاء في تاريخ الاستحقاق.

وجسمت هذه المرونة والملاءمة المادة 174 من قانون التجارة الجديد، التي نصت في الفقرة الأولى على أنه : «يجوز لحامل الكمبيالة، أو لمجرد الحائز لها، أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها ...».

وإذا كان الأصل أن تقديم الكمبيالة للقبول رخصة -أو حق- للحامل لا التزام عليه، يمكن له أن يتنازل عنها باتفاق أو بدون اتفاق مع المسحوب عليه. -غالبا ما يقدم الساحب بنفسه الكمبيالة إلى المسحوب عليه قصد القبول لما في ذلك من ضمان وتسهيل لسرعة تداولها أو خصمها-، فإن هذا الأصل قد يخضع لاستثناءات هامة ومتعارضة ؛ يجبر بعضها الحامل إما بناء على الاتفاق أو القانون على تقديم الكمبيالة للقبول ؛ ويحرم بعضها الآخر على الحامل أن يقدم الكمبيالة للقبول.

أولا : وجوب تقديم الكمبيالة للقبول :

يجب على الحامل أن يقدم الكمبيالة إلى المسحوب عليه في موطنه ليوقع عليها بالقبول في (المادة 174 ف1) في الحالات الآتية :

أ- إذا اشترط الساحب ذلك : يلتزم الحامل إذا اشترط الساحب تقديم الكمبيالة للقبول بهذا البيان الاتفاقي والاختياري، الذي يعرف فقها وقضاء بـ «شرط التقديم للقبول» وقد يقترن شرط القبول هذا بأجل، وقد يأتي بدون أجل، كأن ينص في الكمبيالة مثلا على أن تقدم للقبول خلال 10 أيام من تاريخ تحريرها.

ووضعت إطار شرط التقديم للقبول : «الفقرة الثانية من المادة 174 من قانون التجارة الجديد، إذ نصت على أنه : «... يجوز للساحب أن يشترط في كل كمبيالة وجوب تقديمها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدونه ...».

ويهدف الساحب من شرط التقديم للقبول «contre acceptation» إلى معرفة موقف المسحوب عليه، ومدى جدية تعهداته وقدرته على الوفاء في تاريخ الاستحقاق، أي أن الأمر لا يعدو أن يكون كما عبر مصطفى كمال طه اختبارا لنوايا المسحوب عليه[20].

20. المرجع السابق صفحة 116 بند 138.

ونرى في شرط «التقديم للقبول» كذلك، حيطة وحذرا لاتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة في وقتها ومواجهة احتجاج الحامل بالسرعة والفعالية في الوقت المناسب.

ويفقد الحامل حقه -أو يسقط حقه- في الرجوع على باقي الملتزمين بضمان القبول وضمان الوفاء إذا أهمل «شرط التقديم للقبول»، وتقاعس عن تقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه في الأجل المحدد من أجل القبول.

وإذا كان لا يمكن للحامل أن يلاحق الساحب بدوره بضمان القبول، فإنه يحافظ على حقه إزاءه بضمان الوفاء ما لم يثبت الساحب وجود مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق (المادة 206 من قانون التجارة الجديد)، -على أن يعوضه والضامنين عن الأضرار التي أصابتهم من جراء تقصيره هذا أو عدم احتياطه- وبعبارة أخرى لا يبقى للحامل المهمل حق في المطالبة إلا ضد المسحوب عليه (المادة 206).

وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة السادسة من المادة 206 التي جاء فيها «إذا لم يقدم الحامل الكمبيالة للقبول ضمن الأجل الذي حدده الساحب سقط حقه بالمطالبة سواء بسبب عدم القبول أو بسبب عدم الوفاء، ما لم يتبين من نص الاشتراط أن الساحب لم يقصد سوى التحلل من ضمان القبول...».

وأكدت هذا المبدأ كذلك اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية في المادة 53 التي جاء فيها :

1- إذا كان تقديم السفتجة للقبول إلزاميا، ولم تقدم للقبول، فإن الساحب والمظهرين وضامنيهم يبرأون من التزامهم بموجب السفتجة.

2- عدم تقديم السفتجة للقبول لا يبرئ ضامن المسحوب عليه من التزامه في السفتجة».

ولا يميل المرحوم الدكتور علي سلمان العبيدي إلى فكرة التعويض هاته، لما فيها في رؤيته التي نخالفها من : «مضاعفة الجزاء على الحامل الذي لم ينفذ هذا الشرط ما دام قد خسر حقه في متابعة الضامنين بناء على إهماله»[21].

21. الأوراق التجارية في التشريع المغربي السابق، صفحة 202.

ويمكن للمظهر أن يضمن الكمبيالة «شرط التقديم للقبول» إن لم يكن الساحب قد حرّم وضع مثل هذا الشرط، وفقا لما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 174 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يجوز لكل مظهر للكمبيالة أن يشترط وجوب تقديمها للقبول، مع تعيين أجل لذلك أوبدونه، ما لم يكن الساحب قد صرح بمنع تقديمها للقبول».

ولا يتأثر بهذا الشرط «شرط التقديم للقبول» سوى المُظَهِّرُ الْمُشْتَرِطُ، والمُظَهَّرُ إليه المرتبط بالشرط، وبمعنى آخر يحق للحامل المُهمل أو المتقاعس أن يعود على الساحب والمظهرين السابقين واللاحقين ؛ وذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 206 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «إذا وقع اشتراط أجل للتقديم في أحد التظهيرات لم يجز التمسك به إلا للمظهر وحده».

وقد يكون القبول واجبا هذه المرة على المسحوب عليه تلقائيا -لا على وجوب التقديم من قبل الحامل- إما بناء على اتفاق عام بينه وبين الساحب، يتعهد بمقتضاه بأن يقبل جميع ما يسحب عليه من سفاتج وكمبيالات، أو ما يعرف عند الفرنسيين بحسن أو رعاية العهد «bon accueil»[22] ؛ وإما بناء على العادات التجارية التي لا تجيز للتجار رفض قبول الكمبيالات ذات المقابل أو المؤونة.

ب- إذا نص القانون على ذلك : ويفرض القانون هذا التقديم في حالة الكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع، بحيث يكون (المادة 174 ف6) واجبا على الحامل أن يقدمها للقبول داخل سنة ابتداء من تاريخ تحريرها.

ويجوز للساحب أن يقصر أو ينقص من هذا الأجل، أو أن يزيد فيه، غير أنه لا يمكن للمظهرين سوى تقصير أو إنقاص أجل السنة، وفقا للفقرات 7 و 8 من المادة 174.

ويوجد نص قانوني خاص كذلك، يلزم المسحوب عليه بقبول الكمبيالات التي أنشئت لتنفيذ اتفاق وقع بين تاجرين أو أكثر بقصد التزود بالبضائع.

ونصت على هذه الحالة الفقرة التاسعة من المادة 174، التي جاء فيها : «... إذا كانت الكمبيالة قد أنشئت لتنفيذ اتفاق متعلق بتسليم بضاعة، ومُبرم بين تجار، ونفذ الساحب الالتزامات المترتبة عليه في العقد، فإنه لا يجوز للمسحوب عليه أن

22. جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق صفحة 511.

يرفض قبول الكمبيالة، بعد أن ينصرم الأجل الجاري به العمل في الأعراف التجارية بشأن التعرف على البضائع[23].»

ولقد أضافت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية حالة ثالثة هي حالة ما إذا كانت السفتجة واجبة الدفع في مكان غير المكان الذي يوجد فيه محل إقامة المسحوب عليه أو محل أعماله، إلا إذا كانت هذه السفتجة مستحقة الدفع عند الطلب (فقرة ج من المادة 49).

ثانيا : وجوب عدم تقديم الكمبيالة للقبول أو «شرط عدم القبول» :

يجب على الحامل أن يمتنع عن تقديم الكمبيالة للقبول، ويكون ذلك صراحة في حالة، وضمنيا في حالة أخرى.

أ- إذا اشترط الساحب ذلك : يعرف هذا الشرط أو الاشتراط الصريح ب «شرط عدم القبول» «Non acceptable». أو «شرط عدم التقديم للقبول».

يجوز للساحب أن يضع في كل كمبيالة «شرط عدم القبول»، الذي يمنعها من التقديم إلى القبول ما لم تكن الكمبيالة قابلة للأداء عند الغير، أو في موطن غير الذي يوجد به مقر المسحوب عليه، أو كانت مستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع (الفقرة الثالثة من المادة 174 من قانون التجارة الجديد).

ونعتقد مع الفقه أن السبب الذي حذا بقانون جنيف الموحد، والتشريعات التي تأخذ عنه إلى منع «شرط عدم القبول» إذا كانت الكمبيالة قابلة للأداء عند الغير، أو في موطن غير الذي يوجد به مقر المسحوب عليه، هو إفشال السحب الاحتيالي على أشخاص وهميين[24]، يصعب على الحامل التعرف عليهم، أو كشف هويتهم. أما أهمية وفائدة الحظر في الحالة الثالثة، أي حالة ما إذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء أوالأداء بعد مدة من الاطلاع فواضحة للعيان لتعلقها بمسألة قانونية، تجعل التقديم لازما ولا غنى عنه لتحديد تاريخ الاستحقاق، وفقا ما نصت عليه الفقرة 6 من المادة 174، التي جاء فيها : «إن الكمبيالات المستحقة بعد مدة من الاطلاع يجب أن تقدم للقبول داخل أجل سنة ابتداء من تاريخها».

23. وهو ما نص عليه المرسوم الاشتراعي الفرنسي بتاريخ 2 ماي 1938 (المادة 123)، ونصت عليه كذلك المادة 283 من المجلة التونسية.

24. الانطاكي والسباعي ؛ المرجع السابق صحفة 313.

ويعتبر عدم تقديم الساحب لمقابل الوفاء أو المؤونة -الرصيد- إلى المسحوب عليه في تاريخ إنشاء الكمبيالة أو إصدارها، سبب تضمين هذه الأخيرة «شرط عدم القبول» أي أن الساحب غالبا ما يسعى إلى استثمار الفسحة أو المرونة التي يخلقها نظام الائتمان، الذي لا يتطلب وجود مقابل الوفاء إلا في تاريخ الاستحقاق، كما أن زميلنا الدكتور علي سلمان العبيدي يرى أن من أهم أسباب إدراج مثل هذا الشرط : «أن الساحب يستطيع عن طريق هذا الشرط سحب عدة كمبيالات لا يكون مقابل وفائها جاهزا إلا عند الاستحقاق»[25].

ولكي لا يقلق الساحب أو يتعرض للمتاعب، أو يحتار المسحوب عليه أو يضطر إلى رفض قبول الكمبيالة التي دون مقابل، -لأن القبول يفترض وجود مقابل الوفاء (الفقرة الخامسة من المادة 166 من قانون التجارة الجديد)- يدرج الساحب البيان الاختياري الذي نحن بصدده «شرط عدم القبول».

وقد يلجأ الساحب إلى حظر تقديم الكمبيالة للقبول خلال فترة معينة، تكون كافية لتقديم مقابل الوفاء أو المؤونة، أو لتصفية العلاقات بينه وبين المسحوب عليه، وبفوات أو انتهاء هذه المدة يزول عائق التقديم للقبول، وما هذا إلا تطبيق للفقرة الرابعة من المادة 174 التي جاء فيها : «ويجوز له أيضا أن يشترط، ان تقديم الكمبيالة للقبول لا يمكن أن يقع قبل أجل معين».

وإذا خالف الحامل «شرط عدم القبول» وقام بتقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه من أجل القبول، فَرُفِضَت ماذا سيكون أثر هذا الرفض ؟

لا يترتب على هذا الرفض سقوط أجل الاستحقاق، الذي يُنَصُّ عليه في الفقرة 10 من المادة 174[26]، ولا يتحمل المسحوب بأية نفقات، أما إذا قُبِلَت الكمبيالة الحاملة «شرط عدم القبول» من طرف المسحوب عليه، عُدَّ هذا القبول تنازلا عن حقوقه، وانتج القبول كافة اثاره القانونية.

وقد نصت على ذلك صراحة اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية في الفقرتين 2 و 3 من المادة 50، اللتين جاء فيهما :

25. المرجع السابق : صفحة 204.

26. وقد نصت هذه الفقرة على ما يلي :
«ويترتب بحكم القانون على عدم القبول سقوط أجل الاستحقاق، وذلك على نفقة المسحوب عليه».

« ... 2- إذا قدمت سفتجة للقبول خلافا لشرط تجيزه الفقرة 1 من هذه المادة ورفض القبول، فإن السفتجة لا تعتبر مرفوضة.

3- إذا قبل المسحوب عليه السفتجة خلافا لشرط يوجب عدم تقديمها للقبول، اعتبر هذا القبول نافذا.».

ب- إذا كانت الكمبيالة مُستحقة الأداء بمجرد الاطلاع : يعد تقديم الكمبيالة المستحقة الأداء بمجرد الاطلاع «à vue» إلى المسحوب عليه تقديما من أجل الوفاء أو الأداء لا من أجل القبول، ويجب أن تقدم هذه الكمبيالة للوفاء على أكثر تقدير في ظرف سنة من تاريخ تحريرها، إلا أنه يجوز للساحب تقصير هذه المدة أو إطالتها، ولكن لا يجوز للمظهرين سوى تقصيرها.

ويستفاد وجوب عدم تقديم الكمبيالة للقبول هنا ضمنيا، لأن الفقرة الأولى من المادة 182 من قانون التجارة الجديد، تعتبر تقديم الكمبيالة المستحقة لدى الاطلاع، لا يكون إلا للوفاء.

وقد جاء في هذه الفقرة ما يلي : «تكون الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع، واجبة الوفاء عند تقديمها، ويجب تقديمها في ظرف سنة من تاريخ تحريرها، ويجوز للساحب أن ينقص من هذا الأجل أو يزيد فيه، ويجوز للمظهرين أن ينقصوا من هذه الآجال».

وتكون الكمبيالة مستحقة الأداء بمجرد الاطلاع في حالتين :

1- إذا كانت تحمل عبارة واجبة الاستحقاق بمجرد الاطلاع (الفقرة الثانية من المادة 181 من قانون التجارة الجديد).

2- إذا لم يعين ميعاد أو تاريخ استحقاق الكمبيالة، كانت مستحقة بمجرد الاطلاع (الفقرة الثانية من المادة 160 من قانون التجارة الجديد).

ويجيز القانون للساحب أن يشترط على الحامل عدم تقديم الكمبيالة المستحقة الأداء لدى الاطلاع للوفاء قبل انقضاء أجل معلوم أو معين، ويُحسب ميعاد التقديم إن وقع هذا الاشتراط، ابتداء من هذا الأجل (الفقرة الثانية من المادة 182 من قانون التجارة الجديد).

ويرى زميلنا الدكتور علي سلمان العبيدي -تأثرا برأي مازو، الذي يشير إليه في الهامش- أن الكمبيالة المستحقة بمجرد الاطلاع تقبل القبول لأن «حامل الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع كما أنه يستطيع أن يتمسك بالأداء الفوري في مواجهة المسحوب عليه، فإنه يوافق على أن يكون الأداء فيما بعد، ويشترط على المسحوب عليه أن يقبلها ونخلص من ذلك أن الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع قابلة للقبول[27]».

ونعتقد على خلاف ذلك، أن الأمر في هذه الحالة لا يتعلق سوى بـ «شرط القبول» الذي يغير من طبيعة الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع.

ويثير الدكتور علي سلمان العبيدي حالة أخرى، لا يمكن في رأينا أن تتعلق إلا «بشرط القبول»، وتبدو هذه الحالة من القولة التالية «يذكرون الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع كما لو كانت غير قابلة للقبول أيضا، غير أن الأمر يتطلب الإيضاح، لأن هذا الموقف يبدو غير دقيق. فمما لاشك فيه، أن الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع، تستحق الأداء عند إصدارها، بحيث أن تقديمها للمسحوب عليه يكون من أجل الحصول على مبلغها ؛ غير أن القانون لا يمنع تقديم هذه الكمبيالة للقبول، مثال ذلك أن الساحب الذي يصدر كمبيالة مستحقة عند الاطلاع، يستطيع من أجل تسهيل تداولها، أن يقدمها أولا إلى المسحوب عليه للحصول على قبوله لها[28]».

وقد سايرت فعلا هذه النظرة اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية في الفقرة 2 من المادة 42 التي نصت على أنه : «يجوز قبول السفتجة قبل الاستحقاق، أو عنده، أو بعده أو بعد رفض قبولها أو رفض الوفاء بقيمتها».وخاصة الفقرة 3 من المادة 54 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية ذاتها التي نصت على أنه : إذا قدمت للقبول سفتجة واجبة الدفع عند الطلب ورفض القبول، فإن هذه السفتجة لا تعتبر مرفوضة بعدم القبول».

وقد اهتمت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية بحالات اعفاء الحامل من التقديم الإلزامي أو الاختياري للقبول، وذلك في الحالات التالية (المادة 52 ف1) :

أ- إذا توفي المسحوب عليه، أو فقد أهليته للتصرف بحرية في أمواله بسبب إعساره، أو كان شخصا وهميا، أو لم تكن له أهلية الالتزام كقابل للصك ؛

27. المرجع السابق صفحة 209.

28. المرجع السابق صفحة 209.

ب- إذا كان المسحوب عليه هيئة، أو شركة، أو جمعية، أو شخصا اعتباريا آخر لم يعد له وجود.

ويعفى من التقديم الإلزامي كذلك (المادة 52 ف2) :

إذا كانت السفتجة واجبة الدفع في تاريخ معين، ولم يكن من الممكن للحامل تقديم الكمبيالة للقبول قبل أو في ذلك التاريخ، بسبب ظروف خارجة عن إرادة الحامل ولم يكن في وسعه تجنبها والتغلب عليها ؛ وغيرها من الحالات المرتبطة بهذه السبب المنصوص عليه في ذات المادة.

وننتقل بعد تحديد هذا الإطار القانوني، إلى تناول طبيعة القبول وخصائصه، وشروطه الموضوعية والشكلية، وآثاره، والقبول بالتدخل أوالواسطة، ورفض القبول في المباحث التالية :

المبحث الأول : طبيعة القبول وخصائصه ؛

المبحث الثاني : شروط القبول الموضوعية ؛

المبحث الثالث : شروط القبول الشكلية (أو شكل القبول) ؛

المبحث الرابع : آثار القبول ؛

المبحث الخامس : القبول بالتدخل أو الواسطة ؛

المبحث السادس : رفض القبول.

المبحث الأول

طبيعة القبول وخصائصه

تقدم الكمبيالة من الحامل «le porteur» أو مجرد الحائز لها «un simple détenteur» إلى المسحوب عليه في موطنه من أجل التوقيع عليها بالقبول حتى ميعاد أو تاريخ الاستحقاق (الفقرة الأولى من المادة 174 من قانون التجارة الجديد)[29].

ويمكن أن توقع الكمبيالة من طرف وكيل مفوض من قبَل المسحوب عليه، ومن مدراء الشركات في حدود الصلاحيات المخولة لهم، أو من طرف مسحوب عليه احتياطي، فإن انتفى التوكيل أو سلطة التصرف تحمل الموقع بالالتزام بالوفاء بمبلغ الكمبيالة طبقا للفقرة الثالثة والرابعة من المادة 164 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «... من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه، التزم شخصيا بموجبها. فإن وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادعى النيابة عنه، ويسري الحكم نفسه على من تجاوز حدود النيابة»[30].

ولا يجيز الفقه والقضاء للمسحوب عليه أن يثير قبل القبول أو بعده دفوعا أو مشاكل تتعلق بهوية مقدم الكمبيالة للقبول، لأن بالقبول لا يلتزم سوى إزاء الحامل الشرعي، كما أن الفقرة الأولى من المادة 174 لا تفرق بين الحامل وبين مجرد الحائز للكمبيالة. زد على أن القبول شيء والوفاء شيء آخر، وأن كل واحد منهما يخضع لقواعد خاصة ومتميزة، وأن الحرفاء أوالزبائن غالبا ما يعهدون إلى مصارفهم[31] بمهام القبول أو الوفاء أو القبول والوفاء في آن واحد.

حقيقة أن الكمبيالة تقدم في الغالب -لا يوجد ما يمنع تقديمها من طرف الساحب- إلى المسحوب عليه من أجل القبول من طرف الحامل «le porteur» أو من مجرد الحائز لها «un simple détenteur» (المادة 142 من قانون 12 غشت 1913 المنسوخ، والمادة 174 من قانون التجارة الجديد) ولكن مع ذلك أزعجني الاستعمال

29. وقد جاء في هذه الفقرة مايلي : «يجوز لحامل الكمبيالة، أو لمجرد الحائز لها، أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها».

30. راجع تفصيل ذلك صفحة 51 إلى 55 من هذا الكتاب.

31. طه : المرجع السابق صفحة 118.

المفرط من طرف الأستاذ بكور والأستاذ محمد الصباب للفقرة الأولى من المادة 142 من القانون القديم، المقابلة للمادة 174 التي جاء فيها : «يجوز لحامل الكمبيالة أو لمجرد الحائز لها أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها» اللذين يذهبان إلى أن «تسمية الحامل جاءت عامة، بمعنى سواء كان شرعيا أو غير شرعي، وكذا «مجرد الممسك لها» أي واضع اليد عليها بأية صفة كانت (سارقها أو شخص عثر عليها...)»[31(2)].

لا ينبغي أن نحرف أهداف القانون ونجعل منه أداة تحرض على السرقة والاحتيال، أداة لا تفرق بين الحامل الشرعي والحامل غير الشرعي، وبين الحامل الشرعي والسارق أو من عثر على الكمبيالة الضائعة.

إن المقصود هنا مبدئيا بالحامل الشرعي، و«لمجرد الممسك لها» الحامل أو وكيله أو أي شخص آخر مفوض من طرفه بتقديم الكمبيالة إلى القبول، ولكن استثناء وليس الأصل، قد يقدمها سارق أو من عثر عليها، أو حامل غير شرعي، أشخاص لا يحميهم القانون ولا يقصدهم، ولا يشجع المسحوب عليه على قبول الكمبيالة المقدمة من طرفهم، وعلى العكس فإن قدمت الكمبيالة المسروقة أو الضائعة أو من حامل غير شرعي وقبلها المسحوب عليه عن علم عُدّ متواطئا وتحمل بمسؤولية إصلاح الأضرار الناشئة، أما أن قدمت وقبلت دون أن يعلم بصفة هؤلاء فلا جناح عليه.

ويقع القبول في موطن المسحوب عليه «au lieu de son domicile» (المادة 174 ف1)، ولو كانت الكمبيالة واجبة الدفع في مكان آخر أو موطن شخص آخر -المحل المختار- لأن القبول لا يعني أولا الوفاء (الفقرة الأولى من المادة 174)، وثانيا لأن التقديم في موطن المسحوب عليه يسهل على هذا الأخير مراجعة دفاتره، وأوراقه، وحساباته، وعلاقاته مع الساحب.

ويسوغ للساحب والمظهر من جهة أخرى أن يتحللا من ضمان القبول، وفقا للمادتين 165 و169 من قانون التجارة الجديد، وذلك باشتراط هذا التحلل. كما يمكن لهما كذلك وللضامن الاحتياطي أن يعينا قابلا احتياطيا تقدم له الكمبيالة للقبول إن رفضت من طرف المسحوب عليه (المادة 215 ف1 من قانون التجارة الجديد).

31(2). بكور : المرجع السابق، صفحة 101، ويشير إلى محمد صباب : قبول الكمبيالة في القانون المغربي، رسالة دبلوم السلك العالي للمدرسة الوطنية للإدارة العمومية 1982، ص. 55.

ويمنع القبول الاحتياطي الحامل من استعمال حق الرجوع على الساحب أو على المظهر أو الضامن الاحتياطي قبل تاريخ الاستحقاق ما دامت الكمبيالة قد قبلت، ويُعفى هؤلاء من مصروفات الاحتجاج أو البرتستو «protêt»، ومهما كان الأمر فلا يمكن للحامل الرجوع على القابل الاحتياطي، إلا بعد الرجوع على المسحوب عليه بالقبول أو الوفاء، فإن رفض القابل الاحتياطي بعد ذلك القبول أو الوفاء كان للحامل تحرير الاحتجاج[32].

ولا يلزم الحامل أو الحائز عند تقديم الكمبيالة للقبول بتركها بين يدي المسحوب عليه، حتى وإن ادّعى هذا الأخير أن الغرض هو مراجعة مركزه المالي، أو دفاتره أوحساباته مع الساحب، -حتى لا يحمل ذلك على الوفاء- وكل ما يمكن أن يفعله المسحوب عليه، هو أن يطالب الحامل أو الحائز بتقديم الكمبيالة إليه مرة ثانية في اليوم الموالي -بعد أن يدون ما يريد من المعلومات اللازمة لتحديد هذا المركز- ولا يقبل زعمه بعدم الاستجابة لطلبه إلا إذا ذكر في الاحتجاج أو البروتستو (المادة 175 من قانون التجارة الجديد).

وقد يترتب عن التأخير في قبول الكمبيالة تحمل المسحوب عليه بتعويض الأضرار الناشئة أو التي تلحق الحامل من جراء تماطله سواء قبلت الكمبيالة أو لم تقبل.

ولا يفوتنا هنا أن نذكر بأن اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية تجيز للمسحوب عليه قبول الكمبيالة الكاملة البيانات والكمبيالة الناقصة وذلك في الفقرة الأولى من المادة 42 التي جاء فيها :

«1- يجوز للمسحوب عليه قبول السفتجة الناقصة التي تتضمن البيانات المذكور في الفقرة 1 من المادة 1، قبل أن يوقع الساحب عليها، أو قبل إكمال بياناتها الأخرى».

ويختلف موقف القانون المصري -الذي لا يأخذ بقانون جنيف الموحد- عن موقف القانون المغربي في هذه المسألة، بحيث يجيز ترك الكمبيالة لدى المسحوب عليه مدة لا يمكن أن تزيد عن أربع وعشرين ساعة كما تنص على ذلك المادة 124، التي جاء فيها : «يلزم قبول الكمبيالة في وقت تقديمها، أو في مدة لا تتجاوز أربعا

32. العبيدي صفحة 208، وطه صفحة 54 و 55 كذلك.

وعشرين ساعة من وقت التقديم، وإن لم ترد لحاملها بعد الأربع والعشرين ساعة مقبولة أو غير مقبولة، كان من حجزها ملزما بما يترتب على ذلك من التعويضات لحاملها».

المبحث الثاني

شروط القبول الموضوعية

يخضع القبول لشروط موضوعية كثيرة وهامة نوجزها ونعددها في العجالة التالية :

1- يجب أن يصدر القبول من شخص يتمتع بالأهلية التجارية -لأن التوقيع على الكمبيالة يعد عملا تجاريا مطلقا أي بصرف النظر عن القائم به- ويسري الدفع بانعدام الأهلية وبنقصها إن لم يكن القاصر تاجرا إزاء الكافة، بمعنى ولو كان من بينهم حامل حسن النية، لأن نظام الأهلية هذا من النظام العام، غير قابل للتنازل عنه[33].

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 164 من قانون التجارة الجديد على هذا الأثر صراحة قائلة : «إن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه، ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقا للقانون العادي».

2- يجب أن يرتكز القبول على سبب، وأن يكون هذا السبب مشروعا ؛ مع مراعاة مبادئ استقلال التوقيعات والتجريد، والتظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع.

3- أن تكون إرادة القابل خالية من عيوب الإرادة، غلطا كانت أو تدليسا أو إكراها أو غَبْنا أو استغلالا، إلا أن الدفوع الشخصية بواحد أو أكثر من هذه العيوب، لا يسري أو يُعتد به في حق الحامل حسن النية، لما في ذلك من تعارض مع مبدإ استقلال التوقيعات، ومبدإ التظهير يطهِّر الكمبيالة من الدفوع (المادة 171 من قانون التجارة الجديد)[34].

33. راجع صفحة 45 إلى 49 من هذا الكتاب.

34. راجع ما سبق صفحة 29 إلى 31 من هذا الكتاب.

4- يجب أن يكون القبول ناجزا «l'acceptation pure et simple»، بمعنى ألا يكون معلقا على شرط واقف أو فاسخ، كأن يشترط مثلا المسحوب عليه تقديم مقابل الوفاء، أو سحب كمبيالة مجاملة، أو تخفيض ثمن السلع أو البضائع، أو إلغاء الفائدة وغيرها من الشروط الاذعانية.

وإذا كان القبول الشّرطي يعتبر باطلا فقها وقضاء، ورفضا للقبول، بمعنى يعتبر هذا القبول كأن لم يكن، فإن القبول الجزئي «acceptation partielle» جائز لأنه يساعد على تسهيل تداول الكمبيالة ولو في جزء منها، ويخفف العبء على الضامنين والضامنين الاحتياطيين.

وأقرت هذه المبادىء الفقرة الثالثة من المادة 176 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يجب أن يكون القبول ناجزا، ويجوز للمسحوب عليه أن يحصره في جزء من مبلغ الكمبيالة».

ويعتبر رفضا للقبول كذلك، إقدام المسحوب عليه على تعديل بيان من بيانات الكمبيالة، كأن يغير مثلا تاريخ الاستحقاق، أو مكان الوفاء، أو غيرهما من البيانات «l'acceptation modifiée». إلا أن المسحوب عليه يسأل مع ذلك، ويلزم طبقا لشروط قبوله، وفق لنص الفقرة الرابعة من المادة 176 التي جاء فيها : «كل تغيير آخر يدخله القبول في البيانات الواردة في نص الكمبيالة يعد بمثابة رفض للقبول، غير أن القابل يبقى ملزما طبقا لشروط قبوله».

ويفرق بين القبول المُعَدَّل وبين مجرد التحفظات التي يدخلها المسحوب عليه قصد الحفاظ على بعض حقوقه إزاء الساحب، فإن كان الأول يعد رفضا للقبول، فإن الثانية تعتبر مشروعة وصحيحة. كأن يضيف المسحوب عليه عبارة «مقبول على المكشوف» للدلالة على عدم تلقي مقابل الوفاء، أو تغيير «المحل المختار» لأن التعيين مقرر لصالح المسحوب عليه[35]، ولا يضر بمصالح الغير أو الحامل.

35. مصطفى كمال طه : المرجع السابق صفحة 121، بند 142. جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق : صفحة 511 و 512، بند 278.

المبحث الثالث

شروط القبول الشكلية (أو شكل القبول)

يخضع القبول إلى جانب الشروط الموضوعية إلى شروط شكلية نجملها ونعددها بدورها في الموجز التالي :

1- يجب أن يُكتب القبول على ذات الكمبيالة أو السفتجة، وتعد هذه الكتابة الوسيلة الوحيدة لإثبات هذا الالتزام الصرفي، ويعبر عنه بلفظة «قُبل accepté» أو أية لفظة أو عبارة أخرى تفيد ذات المعنى، مع توقيع المسحوب عليه، ولا تغني الصيغة عن التوقيع، في حين أن التوقيع يغني عن الصيغة.

ولا يعتبر تبعا لذلك قبولا صرفيا قبول المسحوب عليه المسجل على ورقة مستقلة، وإنما يعد التزاما عاديا، أي مجرد وعد بالوفاء خاضع لقواعد قانون الالتزامات والعقود، لا لقواعد ومبادىء الالتزام الصرفي، التي تتميز بالكفاية الذاتية. وبمعنى أوجز، لا يستفيد من القبول الواقع على الورقة المستقلة إلا الحامل الذي وقع لفائدته، كما يمكن أن يتمسك ضد هذا الأخير بالدفوع الشخصية طبقا للقواعد العامة العادية.

2- يجب على المسحوب عليه، بعد أن يكتب لفظة القبول أو ما يوازيها -قبلت، رضيت، سأدفع المبلغ وغيرها من الألفاظ- على وجه أو ظهر الكمبيالة أن يوقع خطيا أو يدويا، إلا أن مجرد التوقيع على وجه أو صدر الكمبيالة «Recto» يعتبر قبولا صحيحا.

وتستفاد هذه القواعد من الفقرة الأولى من المادة 176 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يكتب القبول على الكمبيالة ذاتها، ويعبر عنه بلفظة «قبل» أو بأية لفظة أخرى مرادفة لها، ويوقع من طرف المسحوب عليه. إن مجرد توقيع المسحوب عليه على صدر الكمبيالة يعتبر قبولا».

ويتبين من المواقف أعلاه، أن التشريع التجاري المغربي -ككثير من التشريعات التي تأخذ عن قانون جنيف الموحد- يميز بوضوح وبدقة ما بين مَوْقع أو موضع القبول على بياض، الذي ينبغي أن يقع على وجه أو صدر «recto» الكمبيالة، وما بين التظهير على بياض، الذي لا يكون صحيحا ناقلا للمبلغ أو الملكية إلا إذا

كان مكتوبا على ظهر «verso» الكمبيالة أو على وصلة متصلة بها.

ويقع فارق آخر بين القبول والتظهير، في أن التظهير يقع صحيحا ومنتجا لآثاره الصرفية وإن وقع على ورقة متصلة بالكمبيالة أو وصلة. في حين أن القبول لا يكون التزاما صرفيا إلا إذا وقع على ذات الكمبيالة المادتان 167 و 176 من قانون التجارة الجديد).

وقد فات هذا النوع من الدقة القانون اللبناني، الذي يجيز أن يكتب القبول (المادة 340) على البياض، والتظهير على بياض (المادة 317) على ظهر الكمبيالة، مما يتعذر معه التفرقة بينهما إن لم نلجأ إلى قواعد الإثبات[36].

ويختلف القانون التجاري المغربي عن القانون المصري في أن هذا الأخير خير القابل ما بين وضع الإمضاء الخطي أو اليدوي وما بين وضع الختم وفقا لمطلع المادة 121 التي نصت على ما يلي : «يلزم أن يوضع على صيغة قبول الكمبيالة إمضاء القابل أو ختمه...» في حين أن القانون المغربي اقتصر في المادة 176 ف 1 تجاري على ذكر التوقيع فقط، الذي ينبغي أن لا يفسر إلا تفسيرا ضيقا ينسجم مع قواعد القانون العادي المغربي[37] التي تعتبر وجود الختم وعدم وجوده سيان، أي لا تعطي القيمة القانونية سوى للتوقيع بخط اليد، حسب ما نصت عليه المادة 426 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها، بشرط أن تكون موقعة منه. ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه، وأن يرد في أسفل الورقة، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه».

ولا يشترط أصلا أو مبدئيا في القبول أن يكون مؤرخا، إلا أن هذا الأصل أو القاعدة العامة تخضع لاستثنائين هامين أوجب القانون فيهما بيان تاريخ القبول، وهما :

---

36. وقد جاء في المادة 340 ما يلي «يكتب القبول على سند السحب، ويعبر عنه بكلمة «مقبول» أو كلمة أخرى تماثلها، ويكون ممضى من المسحوب عليه، ويعد مجرد توقيعه على ظهر السند بمثابة قبول».
وجاء في الفقرة الثانية من المادة 327 ما يلي : «... ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المظهر له، أو أن يقتصر على توقيع المظهر (تظهير على بياض) وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يكون التظهير صحيحا إلا إذا كتب على ظهر سند السحب أو على الورقة الإضافية ...».

37. راجع صفحة 77 إلى 84 من هذا الكتاب.

أ- يجب أن يكون القبول مؤرخا إذا كانت الكمبيالة مستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع. لأن حساب هذه المدة لا يتأتى إلا إذا قدمت إلى المسحوب عليه، وقبلها، وأرخ هذ القبول، فإذا كان تاريخ استحقاق الكمبيالة مثلا 20 يوما من الاطلاع أو شهر من الاطلاع تعذر حساب هذه المدة إن لم يؤرخ القبول.

ب- يجب أن يكون القبول مؤرخا أيضا، إذا تم الاتفاق على تقديم الكمبيالة – بين الساحب والحامل – للقبول داخل أجل معين، ويظهر الغرض من بيان تاريخ القبول هنا واضحا، يتجلى في التعرف على ما إذا كان الحامل أو الحائز للكمبيالة قد احترم الأجل المعين، أو أخل بالاتفاق فيحمل على إهماله.

وينبغي أن يؤرخ القبول باليوم الذي صدر فيه، فإن حدث أن طالب المسحوب عليه بتقديم ثان للكمبيالة غداة تقديمها الأول (وفقا للمادة 175 من قانون التجارة الجديد) كان للحامل أن يطالب بدوره بتأريخ القبول بيوم التقديم لا بيوم صدور القبول -خاصة إذا كانت يوم التقديم هذا هو آخر يوم- حتى لا يعد مهملا.

وإذا جاء القبول خاليا من التاريخ، وجب على الحامل لكي يحافظ على حقوقه في الرجوع على المظهرين وباقي الملتزمين وعلى الساحب أن يثبت هذا النقص أو الإهمال في محضر احتجاج أو ابروتستو «Protêt» وفق الإجراءات والآجال المقررة لنظام الاحتجاج.

ونصت على هذه المبادىء والقواعد الفقرة الثانية من المادة 176 قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «إذا كانت الكمبيالة مستحقة الأداء بعد مدة من الاطلاع، أو إذا كان ينبغي تقديمها للقبول داخل أجل معين بمقتضى شرط خاص، فمن اللازم أن يؤرخ القبول باليوم الذي صدر فيه ما لم يطالب الحامل أن يؤرخ بيوم التقديم، وإذا خلا القبول من التاريخ وجب على الحامل، حفظا لحقوقه في الرجوع على المظهرين والساحب، إثبات هذا النقص بإقامة احتجاج في الأجل القانوني».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فتأخذ بنهج آخر، نعتبره أسلم وأدق من النهج المغربي واللاتيني ؛ ونهج كل التشريعات التي أخذت عن قانون جنيف الموحد، إذ يوجب هذا النهج على القابل عند قبول سفتجة مسحوبة مستحقة الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع، أو سفتجة واجبة التقديم للقبول قبل تاريخ معين، أن يبين تاريخ قبوله، فإذا لم يبين القابل ذلك، جاز للساحب أو الحامل أن يكتب تاريخ القبول في السفتجة (الفقرة 3 من المادة 42) وإذا رفض المسحوب عليه قبول سفتجة مسحوبة

مستحقة الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع، ثم قبلها بعد ذلك، يحق للحامل أن يجعل تاريخ القبول هو التاريخ الذي رفضت فيه السفتجة (الفقرة 4 من المادة 42).

ويسير القانون المصري في مسار يناقض نهج القانون المغربي وقانون جنيف الموحد، إذا اعتبر عدم بيان تاريخ القبول إذا كانت الكمبيالة مستحقة بمدة من الاطلاع يجعل هذه الكمبيالة مستحقة الطلب في الميعاد المذكور فيها محسوبا من يوم تاريخها وفقا لمنصوص المادة 121 تجاري[38].

ويقع التساؤل حول ما إذا كان يجوز للمسحوب عليه أن يعدل أو يرجع عن قبوله إما لخطإ أو لسبب آخر كالغلط وغيره من الأسباب التي قد تكون مشروعة، أو لا يجوز له ذلك، بمعنى أن مجرد التوقيع بالقبول على الكمبيالة يجعله قبولا قطعيا ونهائيا ؟

استقر الرأي بعد مناقشات حادة في مؤتمر جنيف، على أن من حق المسحوب عليه القابل أن يرجع عن القبول ما دامت الكمبيالة بين يديه، وبمعنى آخر، يجوز له التشطيب على صيغة القبول والتوقيع، أو على التوقيع وحده إن كان القبول على بياض، ويعتبر هذا التشطيب أو المحو أو غيره رفضا للقبول، وتقوم قرينة قانونية بسيطة على أن التشطيب وقع قبل إرجاع السند، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ممن يدعي خلاف ذلك. وإذا بلغ المسحوب عليه قبوله للكمبيالة كتابة -رسالة أو برقية مثلا- إلى الحامل أو لأحد الموقعين كان ملزما نحوهم بمقتضى هذا القبول وشروطه[39].

---

38. وجاء في هذه المادة «يلزم أن يوضع على صيغة قبول الكمبيالة إمضاء القابل، أو ختمه، وتؤدى هذه الصيغة بلفظ مقبول، وتكون مؤرخة إذا كانت الكمبيالة بميعاد يوم أو أكثر أو شهر أو أكثر من وقت اطلاع القابل عليها. وإن لم تؤرخ في هذه الحالة، فتصير قيمة الكمبيالة مستحقة الطلب في الميعاد المذكور فيها محسوبا من يوم تاريخها». ويلاحظ أن هذه المادة لم تتعرض لحالة الاتفاق الخاص على التقديم للقبول داخل أجل معين، إلا أنه يسري عليها ما يسري على الحالة الأولى.

39. وأخذ المشرع المغربي هذه القواعد عن قانون جنيف الموحد وذلك في المادة 179 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها :
إذا وضع المسحوب عليه قبوله على الكمبيالة، ثم عاد فشطبه قبل إرجاعها اعتبر القبول مرفوضا ويعتبر التشطيب واقعا قبل إرجاع السند ما لم يثبت خلاف ذلك.
غير أنه إذا بلغ المسحوب عليه قبوله للحامل أو لأحد الموقعين كتابة، أصبح ملزما نحوهم بمقتضى شروط قبوله».

المبحث الرابع

آثار القبول

وتترتب على توقيع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول آثار هامة يمكن أن نجمل أهمها في النتائج التالية :

أ- يترتب عن القبول «l'acceptation» نشأة التزام صرفي في ذمة المسحوب عليه يُلزمه بأداء مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق للحامل ولو كان هو الساحب، باعتباره أصبح بتوقيعه بالقبول على الكمبيالة المدين الرئيسي فيها من الدرجة الأولى بدلا من الساحب قبل القبول ؛ وبعبارة ثانية، أن المسحوب عليه القابل مدين رئيسي من الدرجة الأولى والساحب مدين رئيسي ثان ولكن من الدرجة الثانية، لأنه ضامن للوفاء ضمانا من النظام العام لا يمكن له أن يتحلل منه (المادة 165 من قانون التجارة) إلا إذا كان الحامل مهملا وأثبت تقديم مقابل الوفاء «la provision» (المادة 206 من قانون التجارة).

ويخول القبول للحامل ولو كان هو الساحب دعوى صرفية تجاه المسحوب عليه ؛ ولكن ازدواجية الصفة هاته -الساحب الحامل- التي تلحق شخصا واحدا (طبقا للمادة 161 ف1) تنفعه وتضره في آن واحد، فمن جهة النفع يملك الساحب الحامل -أو الحامل الساحب- دعويين دعوى صرفية مباشرة ضد المسحوب عليه ناشئة عن قبوله طبقا للمادة 178 من قانون التجارة الجديد[40] ؛ ودعوى عادية تُستمد من علاقة مقابل الوفاء، لأن الالتزام الصرفي -إنشاء الكمبيالة- لا يعتبر تجديدا للالتزام العادي السابق، الذي يبقى قائما وخاضعا للقانون العادي، وهو ما دفع الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى تركيز القاعدة المشهورة : القبول لا يعد وفاء «l'acceptation ne vaut pas paiement» وتضره من جهة ثانية، لأن الحامل الساحب -أو المستفيد الساحب- لا يستفيد من قاعدة التجريد أو عدم سريان الدفوع الشخصية ضد الحامل الحسن النية، فالحامل الساحب يرتبط مباشرة بالمسحوب عليه ارتباطا يجعل هذا الأخير يتمسك ضده بالدفوع الشخصية التي له عليه.

---

40. وقد جاء في هذه المادة : «يلتزم المسحوب عليه بمجرد القبول بوفاء الكمبيالة عند تاريخ الاستحقاق ؛ يخول للحامل عند عدم الوفاء ولو كان هو الساحب ذاته، حق مطالبة المسحوب عليه القابل، بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة بكل ما تجوز المطالبة به بموجب المادتين 202 و 203».

ب- يفترض القبول وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، قرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس في علاقته بالحامل الحسن النية وباقي المظهرين الحاملين (المادة 166 ف5 و ف6) وبسيطة وتعاقدية في علاقته بالساحب[41].

ج- يفقد المسحوب عليه ميزية نظرة إلى مسيرة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 243 من قانون الالتزامات والعقود (تعديل ظهير 1917)، التي تجيز للقضاة أن يراعوا مركز المدين، مع استعمال هذه السلطة بتحفظ وفي نطاق ضيق وأن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع بقاء الأشياء على حالها، ويحرم طبقا للفقرة الثانية من المادة 231 من قانون التجارة من أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة 196 (الرجوع لعدم القبول وعدم الوفاء) والمادة 207 (حالة القوة القاهرة).

د- يتوقف على القبول حساب تاريخ استحقاق الكمبيالة التي تكون واجبة الاستحقاق بعد مدة من الاطلاع (المادة 181 ف2، والمادة 176 ف2 من قانون التجارة الجديد)، وبمعنى آخر، – يكون تاريخ القبول هو تاريخ بدء حساب مدة تاريخ الاستحقاق (المادة 176 ف2).

هـ- يحرم القبول الساحب من المطالبة باسترداد مقابل الوفاء، الحق الذي كان من الجائز مبدئيا استعماله إلى تاريخ الاستحقاق قبل القبول.

و- يجعل القبول المحكمة التجارية مختصة بنظر الدعوى الصرفية ضد المسحوب عليه بناءً على القانون رقم 95/53 المنشىء للمحاكم التجارية -الذي تم تنفيذه بالظهير رقم 1.97.65 الصادر في 12 فبراير 1997، والذي نشر في الجريدة الرسمية، عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997- و طبقا للمادة الخامسة التي جاء فيها : «تختص المحاكم التجارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية»[42]، مع مراعاة أحكام المادة 736 من قانون التجارة الجديد عند الاقتضاء أو الحاجة.

41. وقد جاء في الفقرة 5 من المادة 166 «يفترض القبول وجود مقابل الوفاء» وفي الفقرة 6 من ذات المادة: «ويعتبر ذلك حجة تجاه المظهرين».

42. وقد نصت المادة 9 على ما يلي : «يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و 7 :
– الكمبيالة ؛
– السند الأمر الموقع ولو من غير تاجر، إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية».

تختلف بعض هذه الآثار باختلاف ما إذا كانت العلاقة بين المسحوب عليه القابل والحامل، أو بينه وبين المظهر، أو بين المسحوب عليه القابل والساحب، أو بين الحامل والساحب أو المظهرين وذلك على الشكل التالي :

أولا : آثار القبول على العلاقة مابين المسحوب عليه القابل «tiré accepteur» والحامل «le porteur» أو المظهر «l'endosseur» :

يصبح المسحوب عليه بقبول الكمبيالة المدين الرئيسي الأصلي فيها. ويكون للحامل ولو كان الساحب نفسه (المادة 178 من قانون التجارة الجديد) ولكل مظهر دفع مبلغها حق إدعاء مباشر ضده، على عكس ما كان عليه الحال قبل توقيع الكمبيالة بالقبول.

ويتولد في ذمة المسحوب، بمجرد أن يوقع الكمبيالة، التزم قانوني بأداء مبلغها للحامل الشرعي في تاريخ الاستحقاق (المادة 178).

وينبثق هذا الالتزام الإرادي التجاري الصرفي، عما تتميز به الكمبيالة من كفاية ذاتية، واستقلال عن العلاقات السابقة. وبعبارة ثانية، يعتبر هذا الالتزام بأوصافه السابقة التزاما ناشئا عن إرادة منفردة هي إرادة المسحوب عليه.

ويخالف كل من رزق الله الأنطاكي ونهاد السباعي هذا الرأي الغالب المستقر، بادعاء «أن هذا الالتزام لا ينشأ عن إرادة منفردة صدرت عن المسحوب عليه، كما شاء أن يصوره بعض الفقهاء، بل هو في الواقع قبول بالمعنى الحقيقي من قبل المسحوب عليه للإيجاب الذي أبداه الساحب بالسند[43].

ونظن أنه فات الفقيهين السوريين التفرقة ما بين مرحلتين، المرحلة السابقة عن القبول، والمرحلة التالية له، فتوقيع المسحوب عليه الإرادي وحده الذي يجعله ملتزما صرفيا، وان الالتزام الصرفي حرفي ومجرد ومستقل عن العلاقات السابقة.

ولا يجوز للمسحوب عليه، استنادا إلى القواعد أعلاه، أن يتمسك إزاء الحامل حسن النية بالدفوع التي يستطيع أن يواجه بها الساحب أو المظهرين «الحملة السابقين»، ولا أن يتمسك ضده بعدم وجود مقابل الوفاء، أو عدم تقديمه، لأن القبول هنا ينهض حجة قاطعة على المديونية بمقابل الوفاء -أي في العلاقة بين المسحوب عليه وبين الحامل، أو المظهر- حجة لا تقبل إثبات العكس وفقا لقاعدة القبول يفترض وجود مقابل الوفاء (المادة 166) ويعتبر ذلك حجة تجاه المظهرين (المادة 166).

43. الوجيز في الحقوق التجارية، الجزء الأول، طبعة 1381 هـ 1961م صفحة 316، فقرة 599.

وإذا كان المسحوب عليه لا يستطيع أن يتمسك ضد الحامل بالدفوع الشخصية التي تكون له على الساحب أو الحملة السابقين، فإنه على عكس ذلك يملك أن يتمسك ضده بالدفوع الخاصة أو الشخصية المستمدة من العلاقات التي تربط بينهما، أو المستمدة من ذات الكمبيالة، كتخلف بيان من البيانات الشكلية، أو المتعلقة بنقص أهليته إن كان قاصرا غير تاجر وفقا لما نصت عليه المادة 160 و164 من قانون التجارة الجديد.

ويمكن أن يدخل في تطبيق هذه القواعد العامة ما قضت به محاكم الرباط في 6 يونيو 1958، من أنه إذا كان صحيحا، أن الحامل الذي لم يحترم أجل تقديم السفتجة للوفاء بمبلغها طبقا للفصل 151 من القانون التجاري، يفقد حقه في الرجوع على المظهرين، فإنه خلافا لذلك يحافظ على كامل حقوقه إزاء القابل «l'accepteur»[44].

ثانيا : آثار القبول على العلاقة ما بين المسحوب عليه القابل والساحب :

تعتبر العلاقة بين المسحوب عليه «tiré»، سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، والساحب علاقة تعاقدية لا علاقة صرفية «extra-cambiaire». بمعنى، يستطيع كل منهما أن يتمسك ضد الآخر بالدفوع الشخصية، التي يتوفر عليها.

ويلتزم المسحوب عليه القابل إزاء الحامل والساحب، بأن يفي بالمبلغ في تاريخ الاستحقاق، فإن لم يؤد تحمل بمسؤولية تعويض الأضرار الناجمة عن رفض الوفاء.

ويملك المسحوب عليه ولو كان قابلا للكمبيالة، الحق في أن يرجع على الساحب بما دفع إن دفع المبلغ على المكشوف، أي دون أن يتلقى مقابل الوفاء، ويقع على عاتقه في هذا الوضع في اجتهاد محكمة النقض الفرنسية والمجلس الأعلى المغربي -على خلاف رأينا- إثبات عدم وجود مقابل الوفاء لديه، لأن القبول يحمل على وجود المقابل «l'acceptation suppose la provision».

ويجمع الفقه والقضاء في فرنسا والرأي الغالب في البلاد العربية على أن قرينة «القبول يفترض وجود مقابل الوفاء» في العلاقة ما بين المسحوب عليه القابل والساحب قرينة عادية وبسيطة تقبل إثبات العكس[45].

44. المجلة المغربية للقانون في 1 نوفمبر 1958، صفحة 415.
وصدر هذا الحكم في ظل قانون التجارة القديم المنسوخ. راجع كذلك صفحة 119 إلى 124 من هذا الكتاب.
45. جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق صفحة 512، فقرة 279.

وذهب قضاء المجلس الأعلى من جهة أخرى، إلى تحميل المسحوب عليه وجوبا عبء إثبات عدم وجود مقابل الوفاء لدفع دعوى الرجوع التي يقيمها الساحب عند أداء مبلغ الكمبيالة، وهو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1958 : «إن قبول السفتجة، يفترض وفقا للفقرة الرابعة من المادة 134[46] من قانون التجارة، وجود مقابل وفاء صحيح في العلاقة ما بين الساحب والمسحوب عليه، وعلى هذا الأخير إذن أن يثبت عدم وجود مقابل الوفاء لدفع دعوى الساحب، وعليه يعتبر خرقا للمادة أعلاه قرار المحكمة بقلب عبء الإثبات»[47].

ونظن أن تفسير القضاء الفرنسي والقضاء المغربي خاصة، تفسير ضيق لا يجاري مقتضيات الفقرة السادسة من المادة 134[48]، -المقابلة للفقرة السابعة من المادة 166 من قانون التجارة الجديد- ذاهبين إلى أنه وإن كان لا يوجد مانع قانوني يحول دون قيام المسحوب عليه القابل بإثبات عدم توصله بمقابل الوفاء قصد الرجوع على الساحب بما دفع، أو لرد دعوى الساحب الذي يطالبه بما دفع، فإنه يكفي المسحوب عليه على رأينا أن ينكر وجود مقابل الوفاء لديه، لينقلب عبء الإثبات على الساحب وفقا لما جاء في الفقرة السابقة، التي نصت «وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الانكار، سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل أن المسحوب عليهم كان لديهم مقابل وفائها في تاريخ الاستحقاق. فإن لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء، ولو وقع الاحتجاج بعد المواعيد المحددة»[49].

ويرى زميلنا المرحوم الدكتور علي سلمان العبيدي، الذي لا نشاطره الرأي أن الفقرة الأخيرة من المادة 134 تجاري مغربي جاءت : «مضطربة في تعميمها لحالة الإنكار، وشمولها حتى المسحوب عليه نفسه، وإلزام الساحب وحده دون غيره بإثبات وجود مقابل الوفاء عند الاستحقاق، إلا أن الملاحظ أن الفقه الحديث يميل إلى أن تلعب هذه القرينة دورها في علاقة المسحوب عليه بالساحب، فاعتبرها قرينة بسيطة يقع على المسحوب عليه عبء إثبات ما يخالفها. ولا شك أن إعمال هذه القرينة بهذه

46. في ظل القانون القديم المنسوخ.
47. جريدة المحاكم 10 يناير 1959 صفحة 1.
وتجدر الإشارة، إلى أن كثيرا من محاكم الاستئناف بفرنسا ذهبت إلى أنه لا يحق للمسحوب عليه القابل أن يثبت عدم وجود مقابل الوفاء في مواجهة الساحب، أي أن القرينة قاطعة حتى في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه إلا أن محكمة النقض حافظت على موقفها السابق روني روبلو : الأوراق التجارية ط 1975 ص. 162.
48. في ظل القانون القديم المنسوخ.
49. لم تدخل على هذه الفقرة أية تغييرات في القانون الجديد.

الصورة يعتبر أمرا منطقيا، وإلا فسوف لا تكون لها قيمة حتى بالنسبة لعلاقة الساحب بالمسحوب عليه، مما سيدفع إلى الحيرة في هدف المشرع من وضعها»[50].

ثالثا : آثار القبول على العلاقة ما بين الساحب والمظهرين والحامل :

لا يُرتب القبول في الأصل أية آثار على العلاقة ما بين الساحب والمظهر من جهة والحامل من جهة أخرى، وبمعنى آخر، أن قبول المسحوب عليه يبقى مبدئيا خارج هذه العلاقة أو النزاع، أي لا يمكن للساحب إثارة قرينة القبول للتخلص من رجوع الحامل ولو كان مهملا إلا إذا أثبت في حالة الحامل المهمل وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه -الحامل الذي لم يستوف مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، وتقاعس عن إقامة محضر الاحتجاج في الآجال القانونية- وكل ما يمكن له أن يفعله هو أن يدفع ضد الحامل بوجود مقابل الوفاء، فإن أنكر الحامل أو المسحوب عليه وجود هذا المقابل، كان على هذا الساحب دون غيره أن يثبت مقابل الوفاء حتى ولو كان المسحوب عليه قابلا للكمبيالة (الفقرة السابقة من المادة 166 من قانون التجارة الجديد) ؛ لكون الساحب هو الملزم بتقديم مقابل الوفاء.

ويرى بعض الفقه أن إشكالية العلاقة ما بين الساحب والحامل هي التي حتمت وجود هذه الفقرة (المقابلة للفقرة 6 من المادة 116 فرنسي) أو أن تفسير هذه الفقرة، وتطبيقها لا يرتبطان سوى بهذه العلاقة[51].

وقد جاء في هذه الفقرة المغربية ما يلي : «وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الانكار، سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل، أن المسحوب عليهم كان لديهم مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق. فإن لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو وقع الاحتجاج بعد المواعيد المحددة».

ويحرر القبول الساحب والمظهر من ضمان القبول الذي يثقل كاهلهما (طبقا للمادتين 165 و 169 تجاري) -ما لم يشترطا التحلل من ضمان القبول سابقا- وبمعنى آخر، لا يمكن للحامل الرجوع عليهما قبل تاريخ الاستحقاق ماعدا في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو في حالة توقفه عن أداء ديونه ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم، أو في حالة حجز بدون جدوى على أمواله (المادة 196 من قانون التجارة الجديد).

50. المرجع السابق صفحة 175.

51. بول شوفو «Paul chauveau» التشريع الجديد الخاص بالأوراق التجارية، طبعة 1936، صفحة 61 جوكلار : المرجع السابق ص. 513.

المبحث الخامس

القبول بالتدخل أو الواسطة
«acceptation par intervention»

يقصد بالقبول بالتدخل أو الواسطة، تدخل أو توسط شخص قد يكون من الغير«un tiers»، أو من الموقعين على الكمبيالة، لقبول هذه الأخيرة، إن رفض المسحوب عليه توقيعها بالقبول -أو تفاديا لهذا الرفض-، انقاذا لواحد أو أكثر من الموقعين، على أمل أن يسترد المتدخل المبالغ التي دفعها من المدين الحقيقي أو ضامنه.

ويعرفه روني روبلو «René Roblot» بالقبول الذي يحول دون متابعة المدين بالتزام صرفي قبل تاريخ الاستحقاق، هذا القبول الذي لا يقع في غالب الأحيان إلا بعد تحرير محضر «احتجاج عدم القبول»[52].

ويسمّي البعض القبول بالتدخل بقبول الشرف «acceptation[53] pour honneur» لما فيه من حماية للسمعة التجارية لأحد الموقعين ؛ أو بالقبول تحت الاحتجاج «acceptation sous protêt» لما فيه من انقاذ من نتائج تحرير محضر الاحتجاج أو البروتستو، والرجوع قبل الأوان أو قبل تاريخ الاستحقاق.

ويسوغ للساحب، أو المظهر، أو الضامن الاحتياطي، أن يعين شخصا في الكمبيالة ليقبلها عند الاقتضاء -غالبا ما يكون بنكا- بالتدخل عندما يمتنع المسحوب عليه عن قبولها ؛ وهو ما يعرف بشرط القبول الاحتياطي «clause de recommandation» وفقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 215 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يجوز للساحب أو لمظهر أو ضامن احتياطي أن يعين شخصا ليقبل الكمبيالة أو ليفي بها عند الاقتضاء...».

52. الأوراق التجارية طبعة 1975، صفحة 195 فقرة 232.

53. جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق صفحة 514 بند 270.

ويمكن من جهة أخرى لأي كان أن يتدخل تلقائيا ودون تكليف ليقبل الكمبيالة بالتدخل، وهو ما يعرف بالقبول بالتدخل التلقائي «l'acceptation spontanée par intervention»، أو تدخل الفضولي الذي قد يكون من حرفاء أو زبناء الساحب، أو أحد المظهرين، أو الضامن الاحتياطي، أو من أصدقائهم أو أقاربهم.

وقد يكون القابل بالتدخل غريبا أو أجنبيا عن الكمبيالة أي من الغير، وقد يكون من أحد الملتزمين أو الموقعين عليها، بل لا يوجد ما يمنع من أن يكون المسحوب عليه ذاته، ذلك أن من المتوقع أن يرفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة قبولا أصليا، ويفضل قبولها بالتدخل أو الواسطة أو الشرف، لأن هذا القبول الأخير لا يفترض وجود مقابل الوفاء (المنصوص عليه في الفقرة 5 من المادة 166 من قانون التجارة الجديد) وبعبارة ثانية، القبول بالتدخل لا يفترض وجود مقابل الوفاء خلافا للقبول الأصلي ؛ زد على ذلك، فإن القبول بالتدخل يمنح القابل الحق في الرجوع على من وقع التدخل لفائدته، وعلى الموقعين السابقين، وعلى الساحب -الذي يقع على عاتقه إثبات وجود مقابل الوفاء- في حين أن القبول على المكشوف لا يخول للمسحوب عليه سوى الرجوع على الساحب الذي قد يكون معسرا.

وقد نصت على هذا النوع من التدخل الفقرة الثانية من المادة من المادة 215 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها ما يلي : «ويجوز لشخص متدخل لمصلحة أحد المدينين المعرضين للرجوع أن يقبل الكمبيالة أو يوفي مبلغها مع مراعاة الشروط المحددة بعده».

والخلاصة، يجوز لكل شخص أن يقبل الكمبيالة بالتدخل، سواء أكان أجنبيا عن الكمبيالة أي من الغير، أو موقعا عليها، ما عدا الشخص الذي سبق له أن قبل الكمبيالة – باستثناء القابل (المادة 215 ف3)، كما يسوغ أن يقع القبول بالتدخل لفائدة أي شخص ملتزم بدفع مبلغ الكمبيالة باستثناء المسحوب عليه الرافض أو الممتنع، لأنه لا يتحمل بأي التزام صرفي.

ونصت على هذه المقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 215 التي جاء فيها : «ويمكن أن يكون المتدخل شخصا من الغير، وحتى المسحوب عليه نفسه، أو أحد الأشخاص الملتزمين بمقتضى الكمبيالة باستثناء القابل».

ولا يخلو القبول بالتدخل من الأهمية والفائدة اللتين دفعتا قانون جنيف الموحد إلى الإبداع في تنظيمه، بالرغم من أنه لا يقع عمليا في الممارسة إلا نادرا، هذه

الفائدة التي يشكك بعض الفقه في فعاليتها في بعض الحالات.

يميل بول شوفو «Paul chauveau» على رأينا إلى نهج القانون الفرنسي القديم؛ ذلك القانون الذي كان يشترط لقيام القبول بالتدخل صحيحا أن يقع من شخص غير موقع على الكمبيالة ؛ مستغربا موقف قانون جنيف الموحد، الذي فتح باب القبول بالتدخل لأي كان من الأشخاص، كان موقعا أو غير موقع على الكمبيالة، ومتسائلا في الوقت نفسه عن نوع الضمان الاحتياطي أو الإضافي الذي يمكن أن يقدمه القابل بالتدخل للحامل إن كان قد سبق له أن وقع الكمبيالة بصفة أخرى أو التزام آخر[54].

ونرى على خلاف بول شوفو، أن من الإمكان أن يكون لقبول الموقع بالتدخل أثرا نفسيا وأثرا قانونيا وفعالية محققة، خاصة إذا أرفق القابل قبوله بالتدخل بكفيل، لا يمكن أن يكون إلا ضمانا جديدا يضاف إلى ضمانه.

ولا يمكن أن يقع القبول بالتدخل مبدئيا إلا إذا كانت الكمبيالة قابلة للقبول[55] -مثلا لا تتضمن شرط عدم التقديم للقبول- وكانت موضع مقاضاة أو رجوع قبل تاريخ الاستحقاق، وتجري المقاضاة قبل تاريخ الاستحقاق في الأحوال التالية (المادة 196 من قانون التجارة الجديد) :

أ- إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول ؛

ب- في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه، سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو في حالة توقفه عن أداء ديونه ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم ؛

ج- إذا وقع حجز دون جدوى على أموال المسحوب عليه.

د- في حالة التسوية أو التصفية القضائية لساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول.

وينبغي أن يأتي القبول بالتدخل، سواء كان كليا أو جزئيا، على الشكل الذي حدده القانون، وإلا كان لاغيا ؛ وبمعنى آخر، يجب أن يقيد على ذات الكمبيالة لكي

54. المرجع السابق صفحة 71 و 72.

55. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من 216 التي جاء فيها : «يجوز أن يقع القبول بالتدخل في كل الأحوال التي يسوغ فيها لحامل كمبيالة صالحة للقبول إجراء رجوع قبل تاريخ الاستحقاق».

يكون التزاما صرفيا ؛ فإن وقع على ورقة مستقلة كان التزاما تعاقديا، أي مجرد كفالة عادية فحسب، وأن يذكر اسم الشخص الذي وقع التدخل لمصلحته، فإن لم يقع اعتبر التدخل صادرا لفائدة الساحب، وأن يوقع المتدخل هذا القبول (الفقرة الخامسة من المادة 216 من قانون التجارة الجديد) وأن يخطر أو يعلم الشخص الذي تدخل لمصلحته حتى لا يقوم بتقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، وذلك في ظرف ثلاثة أيام عمل أو شغل لا داخل يوم من أيام العطلة (المادة 215 ف4).

ولا يترتب عن عدم الإخطار أو الإعلام هذا، أو عدم احترام الآجال القانونية، بطلان القبول بالتدخل، وإنما يسأل المتدخل عند الاقتضاء عن تعويض الأضرار التي قد تحصل نتيجة إهماله أو تقاعسه تحت شرط ألا يتجاوز قدر التعويض مبلغ الكمبيالة (الفقرة 4 من المادة 215).

ويحق للحامل أن يرفض القبول بالتدخل إن لم ير فيه فائدة أو ضمانا جديدا أو جديا، خاصة أنه سيحول بينه وبين الرجوع أو المقاضاة القضائية الفورية، ويجعله ينتظر لممارسة هذا الحق حلول تاريخ الاستحقاق (الفقرة 3 من المادة 216)، أما إن استعمل هذا الحق ورفض القبول بالتدخل جاز له أن يباشر فورا دعوى الرجوع ضد الشخص الذي حصل التدخل لصالحه، بعد القيام بإجراءات الاحتجاج، أو البروتستو، ما لم يُعين في الكمبيالة شخص لقبولها أو لوفائها عند الاقتضاء في مكان الوفاء. وبعبارة ثانية، لا يجوز للحامل في هذه الحالة الأخيرة، أن يستعمل قبل تاريخ الاستحقاق حقه في الرجوع ضد من صدر عنه هذا التعيين وضد الموقعين اللاحقين به إلا إذا قدم الكمبيالة للشخص المعين، وأثبت امتناعه عن القبول بواسطة محضر احتجاج أو بروتستو (الفقرة 2 من المادة 216).

وإذا رضي الحامل أو قبل القبول بالتدخل فقد حقه في أن يرجع على الشخص الذي وقع القبول بالتدخل لمصلحته قبل حلول تاريخ الاستحقاق، وكذلك ضد الموقعين اللاحقين، في حين يجوز له هذا الرجوع أو المقاضاة ضد الموقعين السابقين وإن لم يشر النص إلى ذلك (الفقرة 4 من المادة 216).

وتترتب على القبول بالتدخل آثار هامة نجملها فيما يلي :

أ- يلتزم القابل بالتدخل بالوفاء بمبلغ الكمبيالة -إذا لم يؤد المسحوب عليه- في تاريخ الاستحقاق ؛ إلا أن هذا الالتزام يعد التزاما تبعيا أو احتياطيا «accessoire» لا التزاما أصليا يلزمه إزاء الحامل والمظهرين اللاحقين للشخص الذي وقع التدخل

لمصلحته وبنفس الكيفية التي يكون ملزما به هذا الأخير، (الفقرة 6 من المادة 216).

وتنشأ عن هذا الالتزام التبعي نتيجتان هما :

1- يجب على الحامل أن يقدم الكمبيالة إلى المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق طالبا الوفاء، فإن رفض هذا الأخير وجب عليه تحرير أو إعداد محضر احتجاج عدم الوفاء في الأجل القانوني، ثم يتقدم بعد ذلك إلى القابل بالتدخل قصد الوفاء، فإن امتنع هو الآخر حرر ضده محضر احتجاج عدم الوفاء في الأجل القانوني (حسب مقتضيات المادة 197) فإن لم يراع الحامل هذه الإجراءات فقد حق الرجوع على الشخص الذي وقع التدخل لفائدته.

2- إن سقوط حق الحامل على من وقع التدخل لمصلحته يؤدي حتما وتلقائيا إلى سقوط حقه في الرجوع على القابل بالتدخل.

ب- يحق للقابل بالتدخل، أن يسترد المبلغ الذي دفعه من الشخص الذي وقع التدخل لمصلحته. ويملك هنا دعويين : دعوى الوكالة طبقا لقواعد القانون العادي، ودعوى صرفية ناتجة عن الكمبيالة.

ويمكن في الأخير، لمن وقع التدخل لمصلحته، ولضامنيه أو كفلائه أن يطالبوا الحامل، بالرغم من وجود القبول بالتدخل أو الواسطة، برد الكمبيالة والاحتجاج أوالبروتستو، وتسليم مخالصة بما وفاه القابل بالتدخل إن اقتضى الحال، مقابل ردهم للمبلغ المذكور في المادتين 202 (مبلغ الكمبيالة، الفوائد، مصاريف الاحتجاج والاخطار وغيرها) و 203 (المبلغ الذي وفاه كاملا[56]، والفوائد والمصاريف). طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 216 من قانون التجارة الجديد. للتخلص من دعوى الرجوع عليهم مستقبلا.

56. لمن وفى الكمبيالة

المبحث السادس

رفض القبول «le refus d'acceptation»

يجوز مبدئيا للمسحوب عليه أن يقبل الكمبيالة أو أن يرفضها. وتنطلق هذه القاعدة من مبدأ عام مفاده أن القانون لا يلزم أحدا بالتعامل بالكمبيالة -ولا بالأوراق التجارية عامة، ما عدا الاستثناء الخاص بالشيك (المادة 306 من قانونالتجارة الجديد)- لا في الأداء أو الصرف أو الائتمان ؛ حتى ولو كان مدينا فعلا بالمبالغ : فقد يفضل هذا المدين الأداء بالنقود في تاريخ الاستحقاق، أويرجح نظام المقاصة، أو التجديد، أو اتحاد الذمة (المادة 319 من قانون الالتزامات والعقود[57])، خوفا وهربا من قواعد قانون الصرف الصارمة، أو قد يحبذ الوفاء بالشيك، وربما يرفض قبول الكمبيالة لانعدام المديونية أو لا علاقة قانونية بينه وبين الساحب، أو لأن الساحب لم يقدم مقابل الوفاء، أو لبطلان الكمبيالة لقيامها على سبب غير مشروع أو غيرها من الأسباب القانونية.

ولا يرد على هذه القاعدة أو المبدأ سوى استثناء وحيد أوجبته الفقرة التاسعة من المادة 174 من قانون التجارة الجديد، تلك الفقرة التي توجب على المسحوب عليه قبول الكمبيالة إن تعلقت بتنفيذ اتفاق تسليم سلع أو بضائع، وتوفرت الشروط التالية :

أ- أن يكون الساحب والمسحوب عليه تاجرين.

ب- أن يقوم الساحب بتنفيذ الالتزامات العقدية.

ج- أن يتعلق الاتفاق بتسليم بضائع.

د- أن يعطى للمسحوب عليه أجل وفقا لما يجري به العمل في الأعراف التجارية قصد الكشف أو التعرف على البضائع[58].

57. وهي من أسباب انقضاء الالتزامات.

58. وجاء في هذه الفقرة : «إذا كانت الكمبيالة قد أنشئت لتنفيذ اتفاق متعلق بتسليم بضائع مبرم بين تجار، ونفذ الساحب الالتزامات المترتبة عليه في العقد، فإنه لا يجوز للمسحوب عليه أن يرفض قبول الكمبيالة، بعد أن ينصرم الأجل الجاري به العمل في الأعراف التجارية بشأن التعرف على البضائع».

وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا الاستثناء، الذي لم يأت به قانون جنيف الموحد، معتبرا الشروط التي وضعت لحصر هذه الحالة -التي جاءت في المادة 124[59] فرنسي تجاري- لا طائل منها، لأنها تفرض على المسحوب عليه كمبيالة قد لا يرضى بها لأسباب أخرى.

ويلاحظ زميلنا الدكتور علي سلمان العبيدي «ان الفقه الفرنسي، يعتبر بالرغم من قساوة الجزاء، أن تطبيق هذه الفقرة أو فرض القبول في هذه الحالة صعب التحقيق عمليا، إذ أن التجار غالبا ما يتماطلون ويرفضون القبول بسبب قصر الوقت أو أن المهلة التي منحت لهم لا تسمح لهم بعد بإجراء الكشف على البضاعة أو غير ذلك من الأعذار، كما أن القضاء لا يبت في المشكل إلا بعد مرور وقت طويل، مع أن الكمبيالات تسحب لمدة ثلاثة أشهر أو أكثر قليلا، مما يحرم الحامل من ممارسة حقه في الرجوع الفوري على المسحوب عليه، لأن الكمبيالة المسحوبة سوف تستحق قبل حسم النزاع أمام القضاء، بحيث أن الجزاء الذي أدخله المشرع الفرنسي سوف لا يؤدي دورا كبيرا[60].

ونعتقد على خلاف الفقه الفرنسي، أن هذه الحالة هامة جدا، لأنها تساعد على تدعيم الثقة والائتمان، وعلى تداول الكمبيالة بسهولة ويُسر بين التجار. فالتاجر المتعامل مع تاجر آخر قد لا يلجأ إلى خلق الأعذار، لأنه قد يخشى المعاملة بالمثل، وأداء التعويضات إصلاحا للأضرار التي قد يكون ألحقها بالساحب تعسفا، كما أن القبول الإلزامي هنا لا يفعل أثره إلا إذا كان الساحب والمسحوب عليه تاجرين، إذن فكل واحد يملك ضد الآخر الوسائل الكافية للضغط عليه، قد تكون مادية أو معنوية، كالتشهير به، والتشكيك في ملاءة ذمته، والثقة به، فضلا عما وضعه النص من جزاء قاس في الفقرة الأخيرة من المادة 174 مغربية، و 124 تجاري فرنسي، ألا وهو سقوط أجل الاستحقاق بقوة أو بحكم القانون على نفقة المسحوب عليه، عند عدم القبول.

ولا يمكن للحامل، شأنه شأن الساحب، أن يعود على المسحوب عليه الرافض أو الممتنع، إلا طبقا لقواعد القانون العادي، – فهو مدين للساحب في العلاقة التعاقدية، وللحامل في ظل قواعد حوالة الحقوق – أي قواعد قانون الالتزامات والعقود، وخاصة المادة 195 ق.ل.ع.م.[61].

59. أضيفت هذه الفقرة بالمرسوم الاشتراعي الصادر بتاريخ 2 ماي 1938.

60. الأوراق التجارية في التشريع المغربي : صفحة 235 و 236. (وفقا للقانون القديم المنسوخ).

61. تشير هذه الرموز إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وإذا كان الحامل لا يستطيع مقاضاة المسحوب عليه الرافض، إلا وفق قواعد القانون العادي لا قانون الصرف، لأن هذا الأخير غير موقع على الكمبيالة مما يجعل المسحوب عليه أجنبيا أو غريبا عنها (من الغير) ؛ فإنه يملك حق الرجوع الصرفي عند تاريخ الاستحقاق وقبل تاريخ الاستحقاق على الساحب والمظهرين وباقي الملتزمين طبقا لمقتضيات المادة 196 من قانون التجارة الجديد، وخاصة الفقرة الثانية، التي نصت: «قبل الاستحقاق إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول».

ويعتبر رفض القبول بصفة عامة تصرفا خطيرا، لا يقع مبدئيا إلا لأسباب جوهرية وجدية، وتترتب عنه آثار جسيمة وقاسية، فهو وإن كان مفيدا للحامل إذ يخول له المقاضاة قبل تاريخ الاستحقاق، ويعفيه من إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، لأن في إقامة احتجاج عدم القبول الكفاية، فهو شر بالنسبة للموقعين السابقين على الكمبيالة من ساحب ومظهرين وملتزمين نظرا للرجوع الفوري عليهم بالضمان قبل تاريخ الاستحقاق.

وإذا كان يترتب عن رفض القبول سقوط تاريخ الاستحقاق بقوة أو بحكم القانون على نفقة المسحوب عليه (الفقرة الأخيرة من المادة 174)، فإن اجتهاد محكمة النقض الفرنسية اعتبرت سقوط تاريخ الاستحقاق لا يمس إلا الدين الأصلي الناشئ عن مقابل الوفاء[62] ؛ دون أن يكون له أي تأثير على تاريخ استحقاق الكمبيالة، الذي يبقى دون تغيير[63].

ولقد كان القانون الفرنسي القديم يعالج هذه الخطورة بنوع من الحكمة على رأينا، إذْ كان يجيز للضامن أن يتفادى الوفاء الفوري بتقديم كفيل موسر «Caution Solvable»[64]، إلا أن مرسوم 30 أكتوبر 1935 ألغى هذه الإمكانية، التي يمكن أن تعتبر لدى البعض إيجابية، حتى وإن كانت تعارض قانون جنيف الموحد، وتضعف فعلا صرامة وقساوة قانون الصرف المناسب للبيئة التجارية.

ولا تعتبر مقاضاة الضمان، التي تقع قبل الأوان بسبب رفض القبول، واجبة أو التزاما يقع على عاتق الحامل ؛ وإنما هي حق خالص يملكه، له الحق في أن يستعمله أو لا يستعمله، ولا يعد الحامل مهملا إن تنازل عن استعمال هذا الحق. ما لم تكن الكمبيالة واجبة التقديم للقبول في أجل معين، فإن تقاعس عن التقديم في هذه الحالة الأخيرة، عُد مهملا، وسقط حقه في الضمان، بمعنى الرجوع على باقي الموقعين السابقين.

62. ويقصد بذلك في نظرنا أن هذا الدين المؤجل يصبح حالا وواجب الأداء فورا.

63. جانتان : المرجع السابق، صفحة 182 فقرة 336.

64. بول شوفو : المرجع السابق صفحة 96.

وتختلف آثار رفض القبول باختلاف العلاقة القانونية التي تربط مابين أشخاص الكمبيالة :

أ- علاقة الساحب بالمسحوب عليه :

لا يسأل المسحوب عليه إزاء الساحب عن رفض القبول، إلا إذا كان قد التزم نحوه بالقبول، أو كان قد تلقى مقابل الوفاء، أو كانا معا تاجرين، وتعلق الأمر بكمبيالة تسليم البضائع (الفقرة 9 من المادة 174 من قانون التجارة الجديد).

ويخضع النزاع الناشىء بين الطرفين عند الإخلال بالتزام القبول لقواعد القانون العادي لا لقانون الصرف، لأن المسحوب عليه لم يوقع الكمبيالة بالقبول بعد.

ب- علاقة الحامل بالمسحوب عليه :

لا تنشأ عن رفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة أية حقوق صرفية للحامل، لأن المسحوب عليه من الغير، أي أجنبي عن الكمبيالة أو غريب عنها، إزاء هذا الحامل ما دام لم يوقع عليها، وبمعنى آخر، لا يمكن للحامل أن يتابع أو يقاضي المسحوب عليه، سوى بدعوى عادية ترتكز على ملكية مقابل الوفاء، إن كان هذا الأخير قد تلقاه. وبعبارة أدق، تقوم هذه الدعوى العادية على أساس نقل أو انتقال ملكية مقابل الوفاء (الفقرة الرابعة من المادة 166 من قانون التجارة الجديد)، لأن الساحب الدائن للمسحوب عليه، قد نقل مقابل الوفاء أو المؤونة إلى الحامل، إلا أن هذا الانتقال لا يمكن أن يكون صحيحا إلا إذا تم وفقا لقواعد المادة 195 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها : «... لا ينتقل الحق للمحال له تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ ...».

ويمكن للمسحوب عليه أن يستعمل هنا الدفوع الشخصية التي له على الساحب ضد الحامل، لأن هذه المقاضاة عادية وترتكز على قواعد حوالة الحقوق المدنية، وخاصة المادة 207 من ق.ل.ع.م.[65] على خلاف المقاضاة الصرفية أو الحوالة الصرفية التي تقوم على مبدأ التظهير يطهر الكمبيالة من الدفوع وفقا للمادة 171 من

65. وقد جاء في هذه المادة «يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له ؛ بكل الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها.
ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بالصورية، ولا بما وقع تبادله بينه وبين المحيل من الاتفاقات السرية المعارضة والتعهدات الخفية إذا كانت غير ناتجة عن السند المنشىء للالتزام، ولم يكن المحال له قد علم بها.»

قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة، أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين، ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين».

وقد أشارت فعلا المادة 208 من ق.ل.ع.م. إلى هذا الاستثناء بما يلي : «تخضع حوالة الكمبيالات والسندات للأمر والسندات لحاملها لأحكام خاصة» وهذه الأحكام ما هي إلا أحكام قانون الصرف.

ج- العلاقة مابين الحامل وباقي الموقعين :

يخول رفض القبول للحامل أن يرجع أو أن يقاضي جميع الموقعين على الكمبيالة، من ساحب ومظهرين وضامنين احتياطيين قبل تاريخ الاستحقاق تطبيقا لمقتضيات المادة 196 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يجوز للحامل أن يرجع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين عند الاستحقاق : «... إذا لم يقع وفاء الكمبيالة، وقبل الاستحقاق : إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول...».

ويقاضي الحامل جميع هؤلاء على وجه التضامن، بمعنى يسوغ له أن يوجه الدعوى ضدهم فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزما بالترتيب الذي صدر به التزامهم، ولا تمنع الدعوى المرفوعة على أحد الملتزمين من إقامتها ضد البقية الآخرين، ولو جاؤوا في الترتيب بعد الذي أقيمت عليه الدعوى أولا (المادة 201 من قانون التجارة الجديد).

ويتوجب على الحامل الذي ينوي سلوك طريق المقاضاة أو الرجوع، القيام بإجراءات تحرير أو إعداد محضر احتجاج أو ابُروتِسْتو عدم القبول في الآجال القانونية، للحفاظ على حقوقه -ما لم تكن الكمبيالة تحمل شرط الرجوع «دون مصاريف أو دون احتجاج طبقا للمادة 200 ف1 و ف2- فإن أغفل ذلك، أو تقاعس عد حاملا مهملا «porteur Négligent» وسقط حقه في الرجوع بالضمان على المظهرين والضامنين الاحتياطيين، وعلى الساحب الذي قدم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه الرافض أو الممتنع. وبمعنى آخر، لا يمكن للحامل إن كان مهملا أن يرجع سوى على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق (المادة 206 من قانون التجارة الجديد).

ونرى من الفائدة أن نشير ولو بإيجاز، أو في عجالة، إلى الإجراءات التي ينبغي أن يقوم بها الحامل للحفاظ على ضمان الرجوع قبل تاريخ الاستحقاق على الموقعين على الكمبيالة، والتي إن لم يستعجل ممارستها في الأجل القانوني اعتبر مهملا.

إن هذه الإجراءات هي التالية :

1)- تحرير احتجاج (ابْروتِستو) عدم القبول «Le protêt faute[66] d'acceptation» : يجب أن يثبت الرفض أو الامتناع عن القبول في محرر رسمي (الفقرة الأولى من المادة 197 من قانون التجارة الجديد)، يعده مأمور أو عون كتابة ضبط المحكمة التجارية (المادة 2 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الصادر عن مجلس النواب في 6 يناير 1997 : ظهير التنفيذ رقم 1.97.65 بتاريخ 4 شوال 1417 (موافق 12 فبراير 1997، الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 مايو 1997 مع مراعاة أحكام المادة 736 من قانون التجارة الجديد). ويقام هذا المحرر أو المحضر في موطن الشخص الملزم بالوفاء، أو في آخر موطن له معروف، وفي موطن الأشخاص المعينين في الكمبيالة كملزمين بالوفاء عند الاقتضاء، وفي موطن الشخص الذي قبل الكمبيالة على وجه التدخل أو الواسطة، على أن يجمع الكل في محضر أو محرر واحد (المادة 209 من قانون التجارة الجديد) يطلق عليه محضر احتجاج «عدم القبول» «Le protêt faute d'acceptation» وهو محضر رسمي لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور ؛ ويلزم في حالة وجود بيان خاطئ يتعلق بالموطن إجراء تحر قبل إقامة الاحتجاج.

ويلزم أن يتضمن احتجاج عدم القبول نسخة حرفية أو النص الحرفي للكمبيالة، والتظهيرات، والبيانات، والقبول، والإنذار بوفاء قيمة الكمبيالة، وحضور أو غياب الملزم بالوفاء، والعجز من التوقيع أو رفضه، ورفض القبول، وبيان الأسباب الداعية إلى ذلك، وأن يقام ضمن الآجال اللازمة لتقديم الكمبيالة (المادة 210 من قانون التجارة الجديد).

ولم يبين المشرع الأثر اللازم تطبيقه على تخلف البيانات الشكلية الجوهرية التي فرض تضمينها لمحرر أو محضر الاحتجاج، ونرى أمام هذا السكوت، أن تخلف بيان من هذه البيانات الجوهرية يجعل الاحتجاج باطلا، مع تحمل وزارة العدل مسؤولية إصلاح الاضرار الناشئة طبقا للمادة 79 من ق.ل.ع.م. والمادة 212 من قانون التجارة الجديد. وهكذا يبطل الاحتجاج الذي يقع من غير ذي صفة، أو في

66. الذي يختلف في بعض الأحيان عن احتجاج عدم الوفاء.

موطن غير الموطن الذي حدده القانون (المادة 209)، أو تخلف بيان جوهري آخر كعدم بيان رفض القبول، أو للأسباب الداعية إليه، والإنذار بالوفاء والتظهيرات وغيرها من البيانات الجوهرية الواردة في المادة 210 من قانون التجارة الجديد. إلا أنه ينبغي، ومهما كان الأمر، أن يدخل في الاعتبار -للمرونة- ما إذا كان البيان المتخلف جوهريا أو ثانويا حيث لا يقع اللجوء إلى البطلان إلا في الحالة الأولى دون الثانية.

وتلزم الإشارة هنا إلى الخلاف الجوهري ما بين إقامة محضر احتجاج «عدم القبول» ومحضر احتجاج «عدم الوفاء»، إذ يجوز مبدئيا للحامل في الحالة الأولى أو لحائز الكمبيالة -الحيازة في المنقول سند الحائز- أن يقدم الكمبيالة إلى المسحوب عليه في موطنه ليقبلها أو يرفضها حتى ميعاد حلول تاريخ الاستحقاق -ما لم تكن الكمبيالة واجبة التقديم داخل أجل معين- (المادة 174 ف1 و ف2) في حين يفرق في الحالة الثانية ما بين الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين، أو بعد مرور مدة من تاريخها، أو بعد مرور مدة من الاطلاع، حيث يجب إقامة محضر «احتجاج عدم الوفاء» داخل أحد أيام العمل الخمسة الموالية ليوم الاستحقاق[67]؛ - أما إذا كانت الكمبيالة مستحقة عند أو بمجرد الاطلاع وجب تحرير الاحتجاج ضمن الشروط المعينة في الفقرة المتعلقة بتحرير احتجاج عدم القبول التي سنتولى بيانها بعد قليل (المادة 197 ف3 من قانون التجارة الجديد).

ولا إجراء يمكن أن يعفي الحامل أو يغني عن إقامة محضر احتجاج «عدم القبول» ما عدا الإجراءات المتعلقة بضياع الكمبيالة (المواد 190 إلى 192 والمادة 211) والحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على المسحوب عليه سواء كان قابلا للكمبيالة أم لا، والحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على ساحب الكمبيالة المشروط عدم تقديمها للقبول، حيث يكفي الحامل تقديم الحكم ليجوز له استعمال حقه في الرجوع (المادة 197 ف 6 من قانون التجارة الجديد).

ولكن احتجاج «عدم القبول» يغني عن تقديم الكمبيالة للوفاء، وعن إقامة احتجاج (ابروتستو) عدم الوفاء (الفقرة 4 من المادة 197).

ويُعْفى الحامل من إقامة محضر احتجاج عدم القبول إذا كانت الكمبيالة تتضمن شرط «الرجوع بلا مصاريف «retour sans frais» أو «بلا مصاريف

67. ويلاحظ أن القانون الجديد رفع المدة من يومي العمل التاليين ليوم الاستحقاق (المادة 161 ف 3 من القانون القديم المنسوخ) إلى الأيام الخمسة الموالية لتاريخ الاستحقاق (المادة 197 ف 3).

sans frais» أو «بدون احتجاج sans protêt» أو أي شرط مماثل، ولكن هذا الشرط لا يعفي حامل الكمبيالة من تقديمها للقبول في الآجال المعينة، ولا من توجيه الإعلامات أو الإخطارات الواجب عليه توجيهها (طبقا للمادة 200). ويقع عبء إثبات مخالفة الآجال على من يتمسك ضد الحامل بوقوعها (الفقرة الثالثة من المادة 200 من قانون التجارة الجديد).

ويسري مفعول شرط «الرجوع بلا مصاريف» على كل الموقعين إذا كان صادرا من الساحب وموقعا من طرفه؛ أما إذا صدر عن أحد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين، فلا ينفذ هذا الشرط إلا إزاء أحد هؤلاء وضامنيهم.

ويتحمل الحامل وحده المصاريف إذا خالف الشرط، وأقدم على إقامة محضر احتجاج عدم القبول، ما لم يكن الشرط صادرا من أحد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين، حيث يحق للحامل الرجوع بالمصاريف على الباقين.

ويجب لصحة شرط الرجوع «دون مصاريف» أو «دون احتجاج» توفر الشكل الذي نص عليه القانون في المادة 200 ف1 من قانون التجارة الجديد، بمعنى، أن يكتب الشرط على الكمبيالة وأن يذيل بالتوقيع.

2- أجل الاحتجاج «le délai» :

يمكن أن يقام احتجاج عدم القبول مبدئيا في كل وقت وإلى تاريخ الاستحقاق (المادة 174 ف1)، ما لم تكن الكمبيالة تتضمن أجلا قانونيا أو اتفاقيا يحدد تاريخ تقديمها للقبول، أو كانت واجبة الاستحقاق بعد مدة من الاطلاع (المادة 174).

ويكون التحديد في حالات الآجال الاتفاقية أو القانونية على الشكل التالي :

أ- يجب، إذا كانت الكمبيالة واجبة التقديم في تاريخ معين -ويعتبر كذلك تاريخا معينا الأداء بعد مدة من التحرير-، أن يقام احتجاج (أو ابروتستو) عدم القبول ضمن الأجل المحدد لتقديم الكمبيالة للقبول، أي في آخر يوم من هذا الأجل؛ فإن طالب المسحوب عليه بتقديم ثان غداة التقديم الأول، مستغلا الفرصة التي تمنحها له المادة 175 من قانون التجارة الجديد، جازت إقامة البروتستو أو الاحتجاج في هذا اليوم الثاني أو الموالي ليوم التقديم الأول (الفقرة الثانية من المادة 197).

ب- يلزم إذا كانت الكمبيالة واجبة الدفع أو الاستحقاق بعد مدة من الاطلاع، أن تقدم للقبول داخل سنة تحسب من تاريخ تحريرها، على أن يراعى حق الساحب

في أن يقصر هذا الأجل، أو أن يطيله، وحق المظهرين في أن يقصروا هذه الآجال فحسب (المادة 174)، فإن قدمت للقبول في آخر يوم من السنة، أقيم احتجاج عدم القبول في هذا اليوم، ما لم يطلب المسحوب عليه تقديمها ثانيا غداة التقديم الأول، فإن فعل، جاز إقامة احتجاج عدم القبول في هذا اليوم الثاني أو الموالي (المادة 175 و 197 من قانون التجارة الجديد) ؛ وفي غير ذلك فإن الاحتجاج يقع يوم التقديم ذاته. وكل ذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 197 التي جاء فيها : «يجب أن يقام احتجاج عدم القبول ضمن الآجال المحددة لتقديم الكمبيالة للقبول[67][2] ...».

3- إرسال الإعلام أو الاخطار «Avis»

يجب على الحامل وفقا لمقتضيات المادة 199 من قانون التجارة الجديد، أن يبعث اعلاما إلى من ظهر له الكمبيالة، يخطره فيه برفض المسحوب عليه القبول، وأن يرسل هذا الاعلام أو الإخطار داخل ستة أيام العمل التي تلي يوم إقامة الاحتجاج، أو يوم التقديم للقبول في حالة اشتراط «الرجوع بلا مصاريف» أو «الرجوع بلا احتجاج»[68].

ويعتبر هذا الاعلام أو الإخطار واجبا سواء وقع تحرير الاحتجاج أو كان هناك إعفاء من تحريره، كما هو الشأن في حالة الرجوع بلا مصاريف أو بلا احتجاج.

ويلزم المظهر الذي تلقى الإعلام أو الإخطار، أن يعلم أو يخطر بدوره داخل ثلاثة أيام العمل التالية ليوم تلقيه الإعلام من ظهر له الكمبيالة، وأن يعين أسماء الذين وجهوا الاعلامات السابقة وموطنهم، وتتابع عمليات الإعلام هكذا إلى أن نصل إلى الساحب، وتسري هذه الآجال ابتداء من تسلم الاعلام.

ويُوَجَّه الاعلام نفسه ضمن الأجل نفسه إلى الضامن الاحتياطي، ويتيح الإعلام للموقعين على الكمبيالة، الذين سيراجعهم أو يقاضيهم الحامل من أجل الوفاء قبل تاريخ الاستحقاق، أن يتعرفوا على حقيقة الأمر، وأن يبادر من يريد منهم أن يدفع مبلغ الكمبيالة تفاديا للمصاريف أو الفوائد أو غيرهما، أو يهيء ظروف هذا الوفاء، ومن هنا تكون لهذا الاعلام القانوني الأهمية والفعالية المحققة.

67[2]. مع مراعاة المادة 231 من قانون التجارة الجديد التي لا تدخل اليوم الأول ولا الأخيرضمن الآجال القانونية أو الاتفاقية عند الحاجة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالتقديم للقبول.

68. جعل القانون الفرنسي مدة الاعلام أربعة أيام فحسب (الفصل 149) أما القانون المصري فلم يحدد هذه المدة، جاعلا الباب مفتوحا إلى تاريخ الاستحقاق.

وإذا لم يعين أحد المظهرين عنوانه، أو إذا عينه بكيفية غير مقروءة، يكفي توجيه الإعلام إلى المظهر السابق له.

لم يضع المشرع المغربي -كغيره من التشريعات- طريقة خاصة للإعلام أو الإخطار، بل ترك أمر اختيار الشكل والطريقة لمن يهمه الأمر، الذي يمكنه أن يباشره ولو برسالة عادية أو بإرجاع الكمبيالة (المادة 199)، ويمكن أن يكون هذا الإعلام ولو شفويا إن كان من الإمكان إثبات ذلك[69].

ويمكن لنا أن نتساءل عن الجزاء القانوني الذي ينبغي ترتيبه عند الإخلال بهذا الالتزام القانوني ؟

لم يضع القانون جزاء خاصا على الإخلال بالالتزام القانوني بالاعلام، ولم يرتب على تخلفه سقوط أي حق، وكل ما في الأمر يتحمل المخل بإصلاح الأضرار التي تسبب فيها نتيجة لإهماله وتقاعسه عن القيام بالاعلام في الأجل القانوني إن اقتضى الحال ذلك. على شرط ألا يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة (الفقرة الأخيرة من المادة 199).

ويجب على من وجه الاعلام أن يثبت أنه وقع داخل الأجل المحدد، ويعتبر هذا الأجل مرعيا إذا وضعت في مصلحة البريد الرسالة المتضمنة للإعلام داخل الأجل نفسه.

ويلزم في الأخير، مأمورو أو أعوان وكتابة ضبط المحكمة، وتحت مسؤوليتهم الشخصية، أن يحتفظوا لديهم بنسخة مطابقة للأصل من الاحتجاج، وأن ينسخوا الاحتجاجات كاملة يوما بيوم، وبترتيب تاريخي على سجل خاص مرقم وموقع عليه، ومشهود بصحته من طرف القاضي (المادة 212)، مع مراعاة المادة 79 ق.ل.ع.م. التي تحدد مسؤولية الدولة والبلديات عن الأضرار الناتجة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

ولا يمكن لنا إلا أن ننوه بتبسيط إجراءات الاحتجاج وتوحيدها سواء تعلقت برفض القبول أو الوفاء من قبل اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية ويتجلى هذا التبسيط والتوحيد في :

69. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 335.
هذا وسوف نتعرض لهذه الإجراءات بالتفصيل مرة ثانية عند الكلام عن احتجاج عدم الوفاء والدعوى الصرفية.

أولا : المادة 61 التي أوجبت عمل الاحتجاج برفض الصك بعدم القبول أو بعدم الوفاء، في اليوم الذي رفض فيه الصك أو في أحد أيام العمل الأربعة التالية له ؛

ثانيا : الفقرة الثالثة من المادة 60 التي تجيز الاستعاضة -فيما عدا الحالة التي يشترط فيها الصك عمل احتجاج- عن الاحتجاج بتصريح يكتب في الصك موقع ومؤرخ من المسحوب عليه، أو القابل، أو المحرر أو الشخص المعين في الصك لإجراء الدفع في محله في حالة اشتمال الصك على شرط الدفع في محل إقامة شخص مسمى، ويجب أن تذكر في التصريح واقعة رفض القبول أو رفض الوفاء.

وتبعدنا هذه الطريقة المختزلة والسهلة عن الطريقة الشائكة والمعقدة التي نهجها قانون جنيف الموحد، الذي أخذ عنه القانون المغربي ، والتي تختلف باختلاف طرق استحقاق الكمبيالة المتنوعة المسالك والإجراءات.

الفرع الرابع
التضامن الصرفي

«La solidarité cambiaire»

سنحاول في هذا البند إعطاء فكرة ولو موجزة عن التضامن الصرفي، على أن نخصص بحثا أكثر تفصيلا للضمان الاحتياطي «l'aval»، لماله من أهمية في تدعيم الثقة في الكمبيالة، وتيسير تداولها في عصر ازداد فيه تأسيس المقاولات البنكية أو المصرفية، الوطنية والدولية، وتدخلها في التمويل وقبول الودائع والضمان بشكل مدهش، وممارسة الخصم.

إذا كان المحيل لا يضمن في حوالة الحق يسر أو يسار المدين إلا إذا كان قد أحال دينا على شخص معسر عند إبرام الحوالة (المادة 204 من ق.ل.ع.م.)، فإن الساحب والمظهرين والضامنين الاحتياطيين يضمنون الأداء للحامل في تاريخ الاستحقاق.

ويسأل الساحب والمظهرون والضامنون الاحتياطيون، جميعا على وجه التضامن (المادة 201 ف1 من قانون التجارة الجديد) نحو الحامل.

إذا لم يؤد المسحوب عليه المبلغ الثابت في الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، كان للحامل الدائن بعد إقامة محضر الاحتجاج «protêt»، أن يرجع أو يوجه الدعوى

ضد جميع المظهرين والساحب، والضامنين الاحتياطيين فرادى أو جماعة باعتبارهم مدينين أصليين كذلك، إلى جانب المسحوب عليه في النظام الصرفي -على أساس أن المسحوب عليه القابل، والساحب قبل القبول هما المدينان الأصليان، ولا يضاف إليهما باقي الموقعين إلا بعد رفض الوفاء وتحرير الاحتجاج أو البُروتِسْتو[70]- دون أن يكون ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به إلتزامهم، ولا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من جهة أخرى، من إقامتها ضد البقية أو الآخرين، ولو جاؤوا في الترتيب لاحقين أو بعد الذي أقيمت عليه الدعوى أولا.

وتبرز قوة هذا التضامن الصرفي من الفقرة الأولى من المادة 201 التي جاء فيها : «يسأل جميع الساحبين للكمبيالة، والقابلين لها، والمظهرين والضامنين الاحياطيين على وجه التضامن نحو الحامل».

ويظهر من قواعد الصرف هاته، الخلاف الجوهري ما بين التضامن الصرفي وقواعد الكفالة، وبعبارة أكثر دقة، أن جميع الموقعين على الكمبيالة يضمنون الوفاء بها كمدينين أصليين لا مجرد كفلاء كفالة عادية.

ويتضح الخلاف أكثر ما بين التضامن الصرفي ونظام الكفالة العادية من المادة 1133 ق.ل.ع.م. التي نصت صراحة على أن الكفالة العادية لا تقتضي التضامن، ما لم يشترط صراحة ؛ إلا أن الكفالة التي تكون عملا تجاريا بالنسبة للكفيل تخضع للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين ؛ في حين أن تضامن الموقعين على الكمبيالة تضامن صرفي ناشىء بقوة القانون.

وإذا كان تضامن المظهرين الصرفي لا يعتبر من النظام العام، سواء تعلق بالقبول أو بالوفاء (المادة 169)، بمعنى يسوغ للمظهرين التحلل أو الاتفاق على إلغاء الضمان ؛ فإن ضمان الساحب للوفاء (لا القبول) يعد وحده من النظام العام، ويعتبر كل اتفاق يبرمه هذا الأخير، للتحلل من ضمان الوفاء، وهو ما يعرف بشرط «عدم الضمان»، لاغيا وكأن لم يكن (المادة 165 من قانون التجارة الجديد).

ويصف الفقه عجلة الضمان أو التضامن الصرفي هاته بالآلية القانونية «Mecanisme» التي لا غنى عنها، لتأمين تداول الأوراق التجارية، وتمكينها من القيام

70. وقد عبر عن هذه الوضعية طه بقوله : «إن الموقعين على الكمبيالة لا يلتزمون على قدم المساواة، بل أن المسحوب عليه القابل أو الساحب في حالة عدم القبول هو المدين الأصلي فيها، أما الموقعون الآخرون فليسوا إلا ضمانا يلتزمون في المرتبة الثانية» المرجع السابق، صفحة 137، فقرة 166.

بوظيفتها الاقتصادية كاملة[71].

ويجوز لكل مظهر دفع مبلغ الكمبيالة إلى الحامل ؛ أن يرجع على الساحب والمظهرين السابقين بالمبلغ كله، فرادى أو جماعة، دون أن يكون بدوره ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به إلتزامهم أيضا، وفقا لما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 201 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «ويتمتع بالحق نفسه كل موقع للكمبيالة أدى مبلغها...»، وأن إقامة الدعوى من طرفه على أحد الملتزمين لا يمنعه من إقامتها ضد البقية وإن جاؤوا في الترتيب لاحقين أو بعد الذي قيمت عليه الدعوى أولا.

وتخالف هذه القاعدة الصرفية أيضا قواعد القانون العادي، وبالضبط قواعد المادة 179 من ق.ل.ع.م. التي تقضي بتقسيم الدين بقوة القانون، وعدم الرجوع على باقي المدينين المتضامنين سوى بقدر الحصة في الدين وقد جاء في هذه المادة مايلي :

«الالتزام المتعاقد عليه تضامنيا تجاه دائن ينقسم بقوة القانون بين المدينين.

المدين المتضامن الذي يؤدي الدين كاملا، أو الذي يترتب على وقوع المقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه، لا يحق له الرجوع على الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين.

وإذا كان أحد المدينين المتضامنين معسرا أو غائبا، قسمت حصته في الدين بين كل المدينين الآخرين الموجودين والمليئي الذمة مع حفظ حق هؤلاء في الرجوع على من دفعوا عنه حصته. هذا كله ما لم يوجد شرط يقضي بخلافه».

وترد على قواعد الصرف هاته استثناءات هامة نوردها فيما يلي :

1- لا يمكن للساحب إن دفع مبلغ الكمبيالة أن يرجع على باقي الموقعين من مظهرين وضامنين احتياطيين لأنه ضامن للوفاء (المادة 165) ولكن يحتفظ بحق الرجوع على المسحوب عليه إن قدم مقابل الوفاء سواء كان هذا الأخير قابلا أم غير قابل للكمبيالة.

2- لا تطبق قاعدة الرجوع الصرفي على الموقعين من درجة واحدة (أي التوقيع الجماعي المبني على اتفاق). هذه الدرجة التي قد تنشأ عن تعدد الساحبين من درجة

71. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 200.

واحدة، أو تعدد المظهرين من درجة واحدة، أو تعدد الضامنين الاحتياطيين من درجة واحدة، بحيث لا يمكن للساحب أن يعود على باقي الساحبين معه، ومظهر على باقي المظهرين معه، وضامن احتياطي على باقي الضامنين الاحياطيين معه، بكل الدين، وإما لا يمكن له الرجوع على كل واحد إلا بقدر حصته طبقا لقواعد القانون العادي.

3- يعتبر الضامن الاحتياطي، والقابل بالتدخل أو الواسطة، والكفيل الذي يقدم عند رفض القبول كفلاء متضامنين لفائدة من تدخلوا لضمانه فقط، لا مدينين أصليين كالساحب والمظهرين، أي أن ضمانهم تبعي لضمان الشخص الذي قدم الضمان الاحتياطي لفائدته، أو الذي وقع القبول بالتدخل لفائدته[72]. (المادة 180 ف7 والمادة 216 ف6)[73].

4- لا يمكن للمظهر أن يعود إلا على المظهر السابق، الذي يضمن له الوفاء، دون اللاحق الذي هو ضامنه.

ويعتبر الفقه التضامن الصرفي تضامنا غير تام أو ناقص «solidarité imparfaite» والتضامن المدني تضامنا تاما «solidarité parfaite» مما يجعل المتضامنين في الالتزام الصرفي «مدينين أصليين بالنسبة للدائن لا مجرد كفلاء لمدين أصلي واحد[74]».

ويرجع سبب هذا التباين إلى طبيعة التضامن الصرفي، التي تقوم على تنوع العلاقات ما بين الموقعين، التي تؤدي حتما إلى تعدد المراكز القانونية[75] «la diversité de leur origine entraine une diversité de situation» بمعنى، فإذا كان الالتزام المدني ما بين المدينين المتضامنين واحدا، فإن طبيعة الالتزامات الصرفية، وسببها قد يختلف من موقع إلى آخر، وهكذا فقد يكون مثلا سبب التزام الساحب نحو المستفيد ثمن شراء بضاعة، والتزام المسحوب عليه نحو الساحب قرضا والتزام المظهر نحو المظهر إليه ثمن شراء دراجة نارية أو غير ذلك.

وترتبت عن هذا النقص عديد من النتائج سبق بيان بعضها، ونشير إلى البعض الآخر فيمايلي :

72. راجع كذلك روني روبلو : المرجع السابق صفحة 202، وطه : المرجع السابق، صفحة 135، فقرة 163.
73. وجاء في المادة 180 ف 7 «يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون» وفي المادة 216 ف 6 ما يلي : «يكون القابل عن طريق التدخل ملزما تجاه الحامل وتجاه المظهرين الاحقين بالشخص الذي وقع التدخل لمصلحته بنفس الكيفية التي يكون ملزما بها هذا الأخير...».
74. الانطاكي والسباعي : المرجع السابق، صفحة 325.
75. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 325.

1- لا يسري أثر قطع التقادم الصرفي إلا على الشخص الذي وجه ضده الإجراء القاطع (الفقرة 5 من المادة 228 من قانون التجارة الجديد)، في حين أن التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي في الكفالة يمتد إلى الكفيل ؛ وإذا تم التقادم لصالح المدين أفاد الكفيل (المادة 1158 ق.ل.ع.م.).

2- استغل الفقه الحديث قاعدة التقادم هاته، وطبق مفهومها على الأحكام، ذاهبا إلى أن الحكم الذي يصدر على أحد الموقعين لا يحتج به على الباقين، وبمعنى آخر، ينبغي للحامل أن يقاضي جميع الموقعين حتى يتأتى له الاحتجاج بالأحكام عليهم جميعا.

وجاء هذا واضحا على رأينا في الفقرة الأخيرة من المادة 201 من قانون التجارة الجديد، التي نصت على أن إقامة الدعوى على أحد الملتزمين لا يمنع من إقامتها، ضد البقية أو الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولا.

ولا يمكن أن ينشأ التضامن الصرفي في النهاية إلا عن كمبيالة صحيحة، وتعتبر القواعد السالفة الذكر كأن لم تكن ولاغية إذا كانت الكمبيالة باطلة ؛ إلا أن الكمبيالة الباطلة قد تنقلب بناء على نظرية تحول التصرف إلى ورقة عادية، تتضمن وعدا بالوفاء «simple promesse» وقد تكون هذه الورقة العادية إما مدنية أو تجارية فإن كانت تجارية -توقيعها من تاجر أو تاجرين أو تجار، وتعلقها بعمله، أو بعملهما، أو بأعمالهم التجارية- أعتبر المدينون الملتزمون مسؤولين على وجه التضامن العادي، المنصوص عليه في المادة 165 من قانون الالتزامات والعقود، التي جاء فيها : «يقوم التضامن بحكم القانون في الالتزامات المتعاقد عليها بين التجار لأغراض المعاملات التجارية، وذلك ما لم يصرح السند المنشئ للالتزام أم القانون بعكسه».

الفرع الخامس
الضمان الاحتياطي
«L'aval»

قد لا يقنع أحد الأشخاص بالتضامن الصرفي «la solidarité cambiaire»، لأنه قد يشك في القدرة المالية لأحد الموقعين، أو في قدرة كل الموقعين على الوفاء أو الأداء في تاريخ الاستحقاق، فيشترط على الساحب أو المظهر أن يمنحه زيادة في الضمان رهنا على منقول أو عقار، أو أن يقدم له كفالة شخصية، يطلق عليها في قانون الصرف اصطلاح : الضمان الاحتياطي «l'aval».

ويعتبر الضمان الاحتياطي التزاما صرفيا وتضامنيا وكثير الوقوع في الممارسة العملية في الوقت الحالي، لأن البنوك ومؤسسات القرض الخاصة والعمومية وشبه العمومية في مختلف الدول أصبحت تتطلب لإجراء عمليات القرض والتمويل تقديم كفيل موسر يوثق به[76].

ويقتضي بحث هذا الفرع تقسيمه إلى أربعة مباحث هي التالية :

المبحث الأول : تطور الضمان الاحتياطي، وتعريفه وبيان خصائصه، وتحديد طبيعته القانونية.

المبحث الثاني : شروط الضمان الاحتياطي الموضوعية.

المبحث الثالث : شروط الضمان الاحتياطي الشكلية.

المبحث الرابع : آثار الضمان الاحتياطي.

76. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 204، بند 242. الذي يستدل على أهمية وشيوع الضمان الاحتياطي حاليا، بكثرة القرارات القضائية في فرنسا.

المبحث الأول

تطور الضمان الاحتياطي وتعريفه، وبيان خصائصه، وتحديد طبيعته القانونية

اختلف الفقه حول أصل كلمة الضمان الاحتياطي «l'aval»، فالبعض يردها إلى الكلمة الإيطالية «Avallo» التي تعني أسفل الورقة حيث يوضع التوقيع، ويرى آخرون أنها اشتقت من الكلمة اللاتينية «Ad valorem»، التي هي بمعنى الإضافة أو الزيادة في الضمان، ويرجع فقهاء عرب وأوربيون أصلها إما إلى الكلمة العربية «الحوالة» أو الكلمة العربية الكفالة[77].

مر نظام الضمان الاحتياطي قبل أن يستقر على شكله الحالي، كما جاء في قانون جنيف الموحد، من عديد من المراحل سواء في ألمانيا أو بريطانيا أو فرنسا.

ونكتفي هنا بالإشارة إلى معالم هذا التطور في فرنسا، نظرا لما لتشريعاتها وقضائها من تأثير مباشر على التشريع والقضاء ببلادنا.

يرتبط الضمان الاحتياطي في فرنسا بالأمر الملكي الصادر سنة 1673 -في عهد لويس الرابع عشر- هذا الأمر الذي اشتهر بقانون ساڤاري «savary».

ويعتبر الفقه أن هذا القانون الأخير كان أول قانون استعمل اصطلاح «الضمان الاحتياطي» في المادة 33 التي أوجبت على الخصوص صياغة الضمان الاحتياطي كتابة، إما على ذات الكمبيالة وإما على ورقة مستقلة، وحملت الضامن الاحتياطي بالمسؤولية على وجه التضامن مع بقية الملتزمين الموقعين على الكمبيالة، إن لم يقع الوفاء بمبلغها في تاريخ الاستحقاق.

وعرفت فرنسا بعد هذا القانون مشروعين لم يريا النور عرف الأول بمشروع ميروميسنيل «Miromesnil» والثاني بمشروع گورنو «Gorneau».

وإذا كانت التعديلات التي أدخلها المشروع الأول طفيفة، فإن تعديلات المشروع الثاني، كانت جوهرية تميزت بعدم جواز إعطاء الضمان الاحتياطي إلا من الغير، لأن الضمان الاحتياطي الذي يقدم من موقع على الكمبيالة، ساحبا كان، أو مسحوبا

77. راجع تفصيل ذلك في الرسالة التي حضرها تحت إشرافنا الطالب بكور المختار حول «الضمان الاحتياطي في الكمبيالة وفق التشريع المغربي» السنة الجامعية 1983 - 1984، الجزء الأول صفحة من 12 إلى 14.

عليه، أو مظهرا، لا يفيد الضمان العام، ولا يضيف ضمانا جديدا إلى الضمانات السابقة، وبوجوب بيان الضمان على ورقة مستقلة لا على ذات الكمبيالة، كما ترك هذا المشروع لإرادة الأطراف تحديد آثار الضمان الاحتياطي.

وبقي العمل جاريا بقانون 1673 إلى أن صدرت مدونة نابليون سنة 1807، التي أجازت وضع الضمان الاحتياطي على ذات الكمبيالة أو في ورقة مستقلة (المادة 142) وحددت آثاره، إلا أنها أبقت على عدم جواز تقديم الضمان من الموقع على الكمبيالة.

واستمر العمل بقانون 1807 إلى أن صدر المرسوم الاشتراعي في 30 أكتوبر 1935، الذي تبنى قانون جنيف الموحد لـ 7 يونيو 1930، وهو القانون نفسه الذي تبنته بلادنا بتاريخ 19 يناير 1939، الذي استمر العمل به إلى أن صدر القانون الجديد رقم 95.15، الصادر عن مجلس النواب في 13 ماي 1996 والذي نشر في الجريدة الرسمية في 3 أكتوبر 1996.

ولم يعرف المغرب قبل هذا التاريخ نظام الضمان الاحتياطي بالصورة التي وضع عليها في قانون جنيف الموحد، وإنما كان يعرف قبل الحماية نظام الضمان، والكفالة، ونظام حوالة التوثيق الإسلامية التي تقترب من نظام الضمان الاحتياطي باعتبارها تفيد انضمام مدين ثان إلى المدين الأصلي كمدين متضامن[78].

ونعرف الضمان الاحتياطي، بعد هذه العجالة التاريخية، بأنه تعهد أحد الموقعين على الكمبيالة أو أحد من الغير الأجنبي عن هذه الورقة، تعهدا شخصيا وصرفيا بأداء مبلغ الكمبيالة كاملا، أو في جزء منه، إذا لم يوف (يؤد) به المدين الأصلي المكفول في تاريخ الاستحقاق.

ويمكن لنا أن نستخرج من هذا التعريف، الذي يستغرق أو يَجُبُّ مضمون المادة 180 من قانون التجارة الجديد، طبيعة الضمان الاحتياطي، والخصائص الذاتية المميزة له، وهي التالية :

78. عبد الودود يحي : حوالة الدين، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، أطروحة القاهرة سنة 1947، صفحة 10 وما بعدها.

ويرى السيد بكور في الرسالة السابقة صفحة 27 «لا غرابة أن تكون قواعد حوالة التوثيق قد تسربت إلى قانون الصرف عن طريق الفقهاء الألمان، الذين شاركوا في المؤتمر».

1- يسوغ للضامن الاحتياطي أو الكفيل الاحتياطي، الذي يطلق عليه في اللغة الفرنسية «donneur d'aval ou avaliseur» أن يضمن الوفاء الكلي أو الجزئي في تاريخ الاستحقاق (الفقرة الأولى من المادة 180).

2- يُمنح هذا الضمان الاحتياطي الإضافي في القانون المغربي والفرنسي وقانون جنيف الموحد إما من طرف شخص موقع على الكمبيالة، سواء كان الساحب أو المسحوب عليه أو المظهر، وإما من شخص من الغير، أجنبي أو غريب عن الكمبيالة، يركن ويطمئن إليه الحامل (المادة 180 ف2).

وقد أكدت ذلك الفقرة الأولى من المادة 46 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، إذ جاء فيها : «يجوز ضمان الوفاء بكل قيمة الصك أو بجزء منها، سواء أكان الصك قد سبق قبوله أم لا، ويقدم الضمان لحساب أحد الموقعين أو لحساب المسحوب عليه، ويجوز تقديم الضمان من أي شخص، سواء أكان قد سبق له التوقيع على الصك أم كان غير موقع عليه».

ويتبين من هذه الفقرة الهامة النتائج التالية :

أ- جواز ضمان الوفاء بكل قيمة الصك أو بجزء منها؛

ب- يقدم الضمان سواء كانت الكمبيالة (أو الصك) قد سبق قبولها أم لا ؛

ج- يقدم الضمان لحساب أحد الموقعين أو لحساب المسحوب عليه ؛

د- يقدم الضمان الاحتياطي من أي شخص سواء أكان قد سبق له التوقيع على الصك (الكمبيالة) أم كان غير موقع عليه.

ويلاحظ هنا، أن القانون المصري -الذي لا يأخذ بقانون جنيف الموحد- تأثر بمشروع كورنو «Gorneau»، وبما كان يجري به العمل في فرنسا قبل المرسوم الاشتراعي، الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1935، فاقتصر على ذكر الضمان الاحتياطي المقدم من غير الموقعين على الكمبيالة الذي يشكل فائدة جديدة وجدية، ويضيف ضمانا جديدا حقيقيا، إلا أن الفقه المصري، استغل عدم صراحة النص فأجاز تقديم الضمان من أي شخص كان، سواء كان موقعا على الكمبيالة أو أجنبيا عنها[79].

79. ويقول طه : «يؤخذ من نص المادة 138 تجاري، أن الضامن الاحتياطي يشترط فيه ألا يكون ملتزما من قبل بدفع قيمة الكمبيالة، وذلك لأن الضمان الاحتياطي، الذي يقدمه أحد الموقعين على الكمبيالة لا يفيد الحامل، ولا يضيف إلى ضمانه شيئا، ومع ذلك يجوز أن يصدر الضمان الاحتياطي من أحد الموقعين على الورقة بشرط أن يترتب عليه تحسين مركز الحامل وزيادة ضماناته...» المرجع السابق صفحة 138، فقرة 169.

ولا نعتقد بالادعاء القائل بأن ضمان الموقع على الكمبيالة، لا يفيد شيئا أو يعد عبثا ومضيعة للوقت، أو أنه يعد عملا سكولوجيا أكثر منه قانونيا، بدعوى أن الموقع على الكمبيالة يعتبر مدينا أصليا، يسأل على وجه التضامن الصرفي، الذي هو في مرتبة أقوى من مرتبة الضمان الاحتياطي، لأن الفقه والقضاء قدم من الأسباب ما يكفي لدحض هذه الادعاءات.

يعتبر الفقه والقضاء الفرنسي الضمان الاحتياطي المقدم من الموقع على الكمبيالة تجديدا وضمانا جديا، وإن كان لا يعمل به إلا إذا كان من شأنه أن يقوي مركز الحامل، أو كان نافعا له.

ويرى النفع عن حق في الحالات التالية على الأقل :

أ- بما أن الحامل المهمل لا يمكن له أن يرجع على المظهر كمدين أصلي لتقاعسه، يمكن له أن يتابعه كضامن احتياطي للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، أو كضامن احتياطي للمسحوب عليه القابل، وبمعنى آخر، يجوز للمظهر الموقع على الكمبيالة أن يقدم الضمان الاحتياطي للساحب أو المسحوب عليه القابل.

ب- يجوز للساحب الذي قدم مقابل الوفاء أن يقدم الضمان الاحتياطي للمسحوب عليه القابل، فإذا لم يدفع المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق رجع عليه الحامل. أما الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، فلا يمكن له أن يقدم الضمان لأي كان من الموقعين لأنه مدين أصلي ملزم بالوفاء.

ج- يمكن للمسحوب عليه غير القابل أن يقدم الضمان لأي كان من الموقعين، أي يمكنه أن يرفض توقيع الكمبيالة كقابل لها، ولكن يوقعها كضامن احتياطي. أما المسحوب عليه القابل، فلا يمكنه أن يقدم الضمان لأي موقع لأنه المدين الأصلي بها[80].

د- يجوز للساحب والمظهرين، الذين سقط حق رجوع الحامل تجاههم أو نحوهم للتقادم -مرور سنة ابتداء من تاريخ الاحتجاج أو البْروتستو (المادة 228)- أن يقدموا الضمان الاحتياطي للمسحوب عليه القابل.

ونرى عدم جدوى تحديد الحالات التي يكون فيها الضمان الاحتياطي المقدم من الموقع على الكمبيالة نافعا فيقبل، والحالات التي لا يكون فيها نافعا فيرفض، بل

80. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 206، فقرة 244.

علينا أن نجاري عمومية النص ونترك تقدير الأمر للحامل، الذي هو أدرى بمصلحته وعلاقاته، أن يقبل أو يرفض الضمان الاحتياطي المقدم من موقع على الكمبيالة، وقد يقبله خروجا عن العلاقات أو الحالات السابقة، إما لأسباب قانونية، أو نفسية تقوم على الثقة بأحد الموقعين، أو لعلاقات أسرية أو صداقة يرضخ لها، فالضمان الاحتياطي على رأينا اتفاق يقع مبدئيا قبل التوقيع على الكمبيالة، وأهل مكة أدرى بشعابها وباتفاقاتها كذلك.

ويبدو هذا الإطلاق أو التعميم من قراءة الفقرة الثانية من المادة 180 التي جاء فيها : «يقدم هذا الضمان من الغير، كما يجوز أن يكون ولو من أحد الموقعين على الكمبيالة».

3- يعتبر الضمان الاحتياطي كفالة شخصية، تجارية، وصرفية.

يعتبر الضمان الاحتياطي :

أ- كفالة شخصية، لأن الضامن الاحتياطي يتعهد شخصيا بدفع مبلغ الكمبيالة للحامل في تاريخ الاستحقاق، إن لم يقم الشخص المضمون بالأداء، ويختلف بهذه الصورة عن التأمينات أو الضمانات العينية أو الكفالة العينية، التي تقوم على تقديم عقار أو منقول على سبيل الرهن لضمان الوفاء بالالتزام.

ب- كفالة تجارية لأن توقيع الضامن الاحتياطي كتوقيع الساحب وتوقيع المسحوب عليه وتوقيع المظهر وغيرهم للكمبيالة ينهض عملا تجاريا بصرف النظر عما إذا كان الضامن تاجرا أم غير تاجر، تطبيقا للمادة 9 التي جاء فيها : يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و 7 الكمبيالة.

ويعتبر توقيع الضامن الاحتياطي توقيعا تجاريا، سواء وقع على ذات الكمبيالة أو جاء في ورقة مستقلة، أو على وصلة أو ذيل لأن الفقرة الثالثة من المادة 180 من قانون التجارة الجديد استغرقت جميع هذه الحالات عندما نصت على أنه : «يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها، أو على وصلة أو في محرر مستقل يذكر فيه مكان صدوره» بل يمكن لنا أن نقول كذلك، أن التوقيع على الوصلة أو الورقة المستقلة عمل تجاري على أساس نظرية الأعمال التجارية التبعية (المادة 10 من قانون التجارة الجديد) سواء تعلق الأمر بالشخص أو بالعمل الموضوعي -وإن كان التشريع المغربي الجديد أخذ بالنظرية الشخصية في الأصل- كما هو الحال في النظرية الحديثة،

وبمعنى آخر، أن الكمبيالة أصل، والورقة المستقلة أو الوصلة تابعة لها والأصل يَجُبُّ الثانوي أو التابع.

ويلزم لكي يكون التوقيع صحيحا وتجاريا أن يكون الضامن الاحتياطي متمتعا بالأهلية التجارية، وفقا لمقتضيات المادة 164 من قانون التجارة التي نصت في الفقرة الأولى على أن «الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقا للقانون العادي».

ويعتبر هذا البطلان نسبيا، أما إذا كان الضامن الاحتياطي عديم الأهلية، فيكون توقيعه باطلا بطلانا مطلقا (الفقرة الثانية من المادة 164)[81].

ويجوز للمرأة المغربية متزوجة كانت أم غير متزوجة، مطلقة أو أرملة، أن توقع الكمبيالة على وجه الضمان الاحتياطي، ويكون توقيعها أو التزامها تجاريا، وذلك طبقا للمادة 17 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها[82]، كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا».

وتختلف الكفالة الصرفية أو الضمان الاحتياطي عن الكفالة العادية، في أن كفالة القاصر لا تجوز ولو إذن له أبوه أو وصيه، إذا لم تكن له أية مصلحة في موضوعها (المادة 1119 ق.ل.ع.م.)، وأن الكفالة العادية لا تكون تجارية إلا إذا قام بها تاجر وتعلقت بأعمال التجارية.

ويستنتج هذا من المادة 10 من قانون التجارة الجديد والمادة 1131 ق.ل.ع.م. التي جاء فيها : «من أسس الكفالة أن تعقد بغير أجر وكل شرط يقضي بإعطاء الكفيل أجرا عن كفالته يقع باطلا، ويترتب عليه بطلان الكفالة نفسها ؛

ويُستثنى من هذه القاعدة الكفالة التي تعقد بين التجار لأغراض التجارة، إذا سمح العرف بإعطاء أجر عنها». وجاء كذلك في المادة 10 ما يلي «تعتبر تجارية كذلك الوقائع والأعمال التي يقوم بها التاجر بمناسبة تجارته ما لم يثبت خلاف ذلك».

81. راجع صفحة 45 إلى 55 من هذا الكتاب.
82. راجع صفحة 45 إلى 55 من هذا الكتاب.

ج- كفالة صرفية مجردة وشكلية تنشأ بناء على الاتفاق ما بين الضامن الاحتياطي والحامل حسب النظرية الفرنسية - علاقات تعاقدية - أو بناء على إرادة الضامن الاحتياطي المنفردة حسب النظرية الألمانية[83].

ويخضع هذا الضمان الاحتياطي للمقتضيات والشكل الذي نظمه قانون الصرف كما سنعرض له فيما بعد وفقا للمادة 180 من قانون التجارة الجديد.

د- للضمان الاحتياطي صفة مزدوجة فهو كفالة تضامنية، والتزام صرفي مجرد وقائم الذات :

تختلف النظرية الفرنسية عن النظرية الألمانية حول الطبيعة القانونية للضمان الاحتياطي اختلافا جوهريا ؛ فإذا كانت النظرية الأولى ترى فيه كفالة تضامنية والتزاما تبعيا لا يوجد إلا بوجود التزام أصلي صحيح، فإن النظرية الثانية تعتبره التزاما شكليا ومجردا وقائم الذات، بمعنى أنه التزام مستقل عن الالتزام الأصلي خاضع لقواعد الصرف.

ولكن الرأي الغالب في الفقه والقضاء، خاصة بعد اتفاقية قانون جنيف الموحد، يعتبر الضمان الاحتياطي ذي صفة مزدوجة، فهو كفالة تضامنية من جهة، والتزام صرفي من جهة أخرى، وبعبارة أخرى، يخضع الضمان الاحتياطي لقواعد الكفالة التضامنية، ولقواعد الصرف، إلا أن القواعد الأولى، لا يمكن أن تطبق إلا إذا كانت غير معارضة للقواعد الثانية أي قواعد الصرف[84].

83. أما العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمضمون فهي علاقة تعاقدية تقوم على الاتفاق، إلا أن الضمان الاحتياطي قد يقدم دون أن يعلم المضمون بذلك فتكون العلاقة هنا فضالة لا وكالة.
ويستنتج هذا من المادتين 1125 و 1126 من ق.ل.ع.م. وقد جاء في الأولى «لا ضرورة لقبول الكفالة صراحة من الدائن، غير أنه لا يمكن أن تعطى برغم إرادته».
وجاء في الثانية : «يمكن كفالة الالتزام بغير علم المدين الأصلي، ولو بغير إرادته، غير أن الكفالة التي تقدم برغم الاعتراض الصريح من المدين، لا تترتب عنها أية علاقة قانونية بين هذا الأخير وبين الكفيل، وإنما يكون ملزما في مواجهة الدائن فقط».
84. وسوف يظهر ذلك جليا عندما نعالج آثار الضمان الاحتياطي.

المبحث الثاني

شروط الضمان الاحتياطي الموضوعية

«conditions de fond»

يجب أن تتوفر في الضامن الاحتياطي الأهلية التجارية، لأن الضمان الاحتياطي التزام صرفي تجاري تبعي يقع على الكمبيالة، التي هي عمل تجاري مطلق ومنفرد (المادة 9 من قانون التجارة الجديد) وأن تتجه إرادة الأطراف إلى الضمان وأن تكون خالية من العيوب التي قد تشوبها ؛ وقيام الضمان على سبب جدي ومشروع ومشروعية المحل[85].

وتهيمن على الضمان الاحتياطي كثير من الإشكاليات والقواعد الخاصة الذاتية ؛ ويخضع في الأساس لمقتضيات قانون التجارة وقانون الصرف، واستثناء لقواعد الكفالة التضامنية، لأن التزام الضامن الاحتياطي يعد التزاما تجاريا صرفيا، ولو لم يكن هذا الضامن تاجرا من قبل[86].

ويقدم الضمان الاحتياطي في الأصل ما بين تاريخ إصدار الكمبيالة وتاريخ الاستحقاق ؛ إلا أن هذا الأصل العام يرد عليه استثناءان هامان هما التاليان :

أ- يتعلق الاستثناء الأول بجواز نشأة الضمان الاحتياطي ولو قبل إصدار الكمبيالة، وهو ما يعرف بضمان كمبيالة مستقبلة.

ويرتكز هذا الاستثناء على مبدأين : مبدأ عدم وجود أي نص في قانون الصرف يمنع ذلك، ومبدأ جواز كفالة الالتزام المحتمل أو المستقبل المنصوص عليه في المادة 1121 من ق.ل.ع.م.[87].

ويطبق هذا المبدأ كذلك، حتى في حالة ضمان المسحوب عليه غير القابل، أي يسوغ أن يقدم الضمان الاحتياطي لمسحوب عليه ينوي قبول الكمبيالة مستقبلا إن

85. وقد نصت المادة 1119 من ق.ل.ع.م. على ما يلي :
«لا يجوز لأحد أن يكفل دينا، ما لم يكن متمتعا بأهلية التفويت على سبيل التبرع.
لا تجوز الكفالة من القاصر، ولو أذنه أبوه أو وصيه، إذا لم تكن له أية مصلحة في موضوع الكفالة».
86. دلوز : القانون التجاري 1963 صفحة 269.
87. وقد نصت هذه المادة على ما يلي : «تجوز كفالة الالتزام المحتمل (كضمان الالتزام الذي قد ينشأ بسبب الاستحقاق) أو المستقبل أو غير المحدد، بشرط أن يكون قابلا للتحديد فيما بعد (كالمبلغ الذي يمكن أن يحكم به على شخص معين)، وفي هذه الحالة يتحدد التزام الكفيل بالتزام المدين الأصلي».

توفرت الظروف التي يراها ملائمة، إلا أن التزام الضامن الاحتياطي لا ينشأ إلا إذا وقع هذا المسحوب عليه الكمبيالة.

ولقد أخذت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية بالمبدأ صراحة أي جواز ضمان الالتزام الصرفي المحتمل أو المستقبل، وبمعنى آخر، ضمان الكمبيالة سواء أكانت تحمل قبول المسحوب عليه أو لا تحمل التوقيع بالقبول (الفقرة الأولى من المادة 46 المشار إليها سابقا) ولكن هذه الاتفاقية لم تربط نشأة التزام الضامن الاحتياطي بتوقيع المسحوب عليه بالقبول، بل على العكس، اعتبرت نشأة الإلتزام الاحتمالي صحيحة ولو لم يوقع المسحوب عليه بالقبول وفقا للفقرة السادسة من المادة ذاتها التي لا تجيز للضامن أن يدفع مسؤوليته بأنه وقع الصك قبل أن يوقعه المضمون، أو بأنه وقعه عندما كان ناقصا.

ولا يمكن مبدئيا، أن يقع الضمان الاحتياطي، الناشىء قبل نشأة الكمبيالة أو إصدارها إلا على ورقة مستقلة، ولكن لا يوجد ما يمنع من وضعه على ذات كمبيالة مستقبلة، يفكر الساحب في إنشائها، أو إكمال بياناتها وتوقيعها من طرفه.

وينبغي لكي ينشأ الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة صحيحا، أن يشار فيه على الأقل إلى الكمبيالة المستقبلة ومبلغها، والوقت اللازم لإنشائها[88] (الفصل 1121 ق.ل.ع.م.).

ولا ينتج الضمان الاحتياطي لكمبيالة مستقبلة أثره إلا إذا نشأت هذه الكمبيالة صحيحة، ولا يكون ضمانا صرفيا إلا إذا كانت الكمبيالة غير باطلة لعيب في الشكل.

ولا تتعلق قاعدة «بطلان الضمان الاحتياطي الذي يكفل كمبيالة باطلة لعيب في الشكل» بالالتزام الصرفي المحتمل أو الكمبيالة المستقبلة فقط، بل يشمل أثرها ضمان كل السندات التي يلحقها عيب في الشكل، سواء كانت محتملة أو غير محتملة، مستقبلة أو غير مستقبلة ؛ لأن الالتزام الصرفي لا يكون صحيحا إلا إذا توفر له الشكل الذي يضعه القانون، فإن كانت الكمبيالة صحيحة شكلا كان الضمان الاحتياطي ضمانا صحيحا، وإن كانت الكمبيالة باطلة لتخلف الشكل كان الضمان الاحتياطي باطلا ؛ إلا أن الضمان الاحتياطي الذي يكفل كمبيالة باطلة وإن كان باطلا في أصله فيتحول إلى مجرد كفالة عادية خاضعة لقانون الالتزامات والعقود

88. وهو ما يسير عليه اجتهاد محكمة النقض الفرنسية كذلك. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 206، بند 245.

(المواد 1117 إلى 1160) وبعبارة ثانية، أكثر دقة، وتنسجم مع محتوى النصوص : ان الضمان الاحتياطي يكون صحيحا ولو كان الالتزام المضمون باطلا لأي سبب كان، غير العيب في الشكل (الفقرة 8 من المادة 180 من قانون التجارة).

واختلف القضاء الفرنسي فعلا حول أثر الضمان الاحتياطي، عندما تكون الكمبيالة باطلة ؛ فذهبت بعض القرارات إلى أن هذا الضمان لا يعدو أن يكون كفالة عادية، ورأت قرارات أخرى أن الضمان الاحتياطي في هذه الحالة لا ينتج أي أثر نهائيا، تطبيقا للمادة 2015 من القانون المدني الذي لا يجيز أن يتجاوز الضمان الحدود التي قدم في إطارها، إلا أن روني روبلو يعتبر هذا الخلاف ظاهريا أكثر منه علميا أو عمليا، لأن الأمر يتوقف عنده على تفسير إرادة الأطراف التي قد تختلف من حالة إلى أخرى[89].

ب- ويتعلق الاستثناء الثاني بجواز تقديم الضمان الاحتياطي حتى بعد تاريخ الاستحقاق -وإن لم يوجد نص صريح بذلك- على شرط أن يقدم قبل تحرير محضر احتجاج عدم الوفاء، أو على الأقل قبل انصرام الأجل المعين لذلك[90]، قياسا على القواعد التي تحكم التظهير (المادة 173 من قانون التجارة الجديد).

ويُمَيَّز فيما لو وقع الضمان الاحتياطي بعد تاريخ الاستحقاق بين حالتين :

1- ينتج الضمان إن قدم قبل محضر احتجاج عدم الوفاء أو قبل انصرام الأجل المحدد لإقامته (داخل أحد أيام العمل الخمسة الموالية ليوم الاستحقاق، ما لم تكن الكمبيالة مستحقة عند الاطلاع حيث يخضع هذا الأجل لأجل احتجاج عدم القبول طبقا للفقرة الثالثة من المادة 197 من قانون التجارة الجديد) نفس آثار الضمان الاحتياطي المقدم قبل تاريخ الاستحقاق.

2- أما إذا قدم بعد إقامة محضر احتجاج عدم الوفاء، أو بعد انصرام الأجل المعين، فلا ينتج إلا آثار الكفالة العادية.

ويشمل الضمان الاحتياطي من جهة أخرى الوفاء والقبول، بالرغم من أن المادة 180 لا تذكر سوى الوفاء في الفقرة الأولى التي جاء فيها : «يجوز أن يضمن وفاء الكمبيالة كليا أو جزئيا ضامن احتياطي».

89. المزجع السابق صفحة 207، بند 247.

90. راجع تفصيل ذلك عند الكلام عن الوفاء صفحة 248 ومايليها من هذا الكتاب.

وتستنتج هذه القاعدة من المادة 196 التي تجيز للحامل أن يرجع عند الاستحقاق إذا لم يقع وفاء الكمبيالة، وقبل تاريخ الاستحقاق إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول، على المظهرين، والساحب، وغيرهم من الملتزمين، الذي يعد الضامن الاحتياطي واحدا منهم.

ولا يعتبر الضمان الاحتياطي، وإن كان ضمانا صرفيا، من النظام العام، بمعنى يجوز للضامن الاحتياطي، أن يقدم هذا الضمان من أجل القبول فحسب، أو من أجل الوفاء فقط، أو من أجل الوفاء والقبول معا، فإن لم يذكر حدود ضمانه، كان ضامنا للوفاء والقبول معا.

ويمكن الاتفاق كذلك على ضمان الدين كله أو في جزء منه (الفقرة الأولى المادة 180 من قانون التجارة الجديد) أو على تقديم الضمان إلى حامل بعينه، دون أن يمتد إلى الحامل اللاحق «subséquent»، أو الاتفاق على عدم الأداء إلا بعد المناقشة حول أموال المدين[91]. وبمعنى آخر، اشتراط تجريد (مزية التجريد) المدين من أمواله قبل الرجوع«bénéfice de discution».

المبحث الثالث

شروط الضمان الاحتياطي الشكلية
أو
شكل الضمان
«conditions de forme»

يقدم في الغالب الضمان الاحتياطي إلى الساحب الذي يلجأ في الأصل إلى ضمان توقيعه إن لم تكن الكمبيالة قد قبلت بعد من طرف المسحوب عليه، أو كان يرغب في تداولها بسرعة وفي ثقة وأمان واطمئنان. أو إلى المسحوب عليه سواء كان قابلا أو غير قابل لكمبيالة للأسباب التي سبق بيانها.

ويمكن أن يقدم الضمان الاحتياطي من مُوقع الكمبيالة أو من الغير (الفقرة الثانية من المادة 180 من قانون التجارة)، ويمكن، أن يتعدد الضامنون الاحتياطيون

91. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 207، بند 246.

من درجة واحدة -كما قد يتعدد الساحبون من درجة واحدة، أو المظهرون من درجة واحدة- سواء كانوا جميعا من موقعي الكمبيالة أو من الغير، أو كانوا من موقعي الكمبيالة والغير في آن واحد، ويمكن أن يقدم بصفة أصلية وشخصية أو بالنيابة عن شخص آخر (طبقا لمقتضيات وآثار الفقرة الثالثة من المادة 164)[92]. كالضمان الاحتياطي الذي يقدمه المدراء نيابة عن الشركات والأشخاص المعنوية الأخرى.

ويمكن أن يقدم الضمان الاحتياطي للساحب أو المسحوب عليه أو المظهر، بل حتى لفائدة الضامن الاحتياطي ذاته، ارتكازا على المادة 1127 ق.ل.ع.م. التي تنص على ما يلي : «لا تجوز كفالة المدين الأصلي فحسب، بل تجوز أيضا كفالة من كفل هذا المدين».

ولا يمكن أن يكون الضمان الاحتياطي صحيحا إلا إذا توفرت له الشروط الموضوعية السابقة، وجاء في الشكل الذي حدده القانون، وخاصة الشكل الذي وضعته المادة 180 من قانون التجارة الجديد التي سنتعرض إلى إطارها القانوني ومقتضياته الجوهرية فيما يلي :

تعد الكتابة أولا ركنا جوهريا في الضمان الاحتياطي، ركن انعقاد وصحة وإثبات، سواء وقع الضمان الاحتياطي على ذات الكمبيالة، أو على وصلة أو على ورقة مستقلة، فإن تخلفت الكتابة كان الضمان الاحتياطي باطلا، وكأن لم يكن، ولا يمكن إثباته بوسائل الإثبات الأخرى كالبينة أو شهادة الشهود أو القرائن القانونية[93]، إلا أن الضمان الاحتياطي الذي يعطى شفويا يعتبر كفالة عادية.

وينبغي أن يعبر عن الضمان بالصيغة الدالة عليه، كان تكتب عبارة «على سبيل الضمان الاحتياطي» التي قدمها الشارع كمثال ويحتمل استبدالها بعبارة أخرى موازية أو مماثلة (الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة 180 من قانون التجارة

92. وقد جاء في هذه الفقرة ما يلي : «من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصيا بموجبها، فإن وفاها الت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادعى النيابة عنه ...».

93. وتخالف هذه القاعدة الصرفية مبدأ حرية الإثبات ونظام القرائن الجاري بهما العمل في التجارة، وذلك نظرا لخطورة الضمان ودوره في الحياة الاقتصادية، وقد ركزت مبدأ حرية الإثبات المادة 334 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق غلى ذلك».

الجديد)[94].

أما الفقرة الثالثة من المادة 46 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فكانت أكثر كرما في تقديم الأمثلة، وإقداما في ابعاد بعض الشوائب اللفظية المؤدية إلى الغموض أو الإبهام إذ نصت على أنه : يعبر عن الضمان بعبارة «مضمون» أو «ضمان احتياطي» أو «للضمان الاحتياطي»، أو بأي عبارة أخرى مماثلة، على أن تكون مرفقة بتوقيع الضامن. ولأغراض هذه الاتفاقية، لا تشكل ضمانا عبارة «التظهيرات السابقة مضمونة» أو أي عبارة أخرى مماثلة[95].

ولم يبين شكل الكتابة، التي يمكن أن تكون بخط اليد أو الآلة الكاتبة أو الراقنة أو غيرهما، بخط الضامن الاحتياطي، أو بخط شخص آخر يكلفه بإنجاز ذلك.

ويعد توقيع الضامن الاحتياطي بيانا أو ركنا جوهريا ثانيا، لا يوجد الضمان بدونه، ويلزم أن يكون بخط اليد لا ببصمة الإبهام أو الوسائل الميكانيكية كالختم والطبع والتصوير وغيرها، شأنه في ذلك شأن توقيع الساحب أو المسحوب عليه أو المظهر[96].

ويكفي توقيع الضامن الاحتياطي على وجه أو صدر «recto» الكمبيالة ليعتبر ضمانا صحيحا، وهو ما يعرف بالتوقيع بالضمان الاحتياطي على بياض ؛ وبعبارة ثانية، أن التوقيع على بياض على وجه أو صدر الكمبيالة يغني عن صيغة الضمان الاحتياطي، ما لم يكن ذلك التوقيع توقيع الساحب أو المسحوب عليه (وفقا لما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 180[97])، وذلك تلافيا للخلط بينه وبين القبول، وبين توقيع الساحب الذي يعد بيانا إلزاميا بتخلفه تبطل الكمبيالة، كما أن كل توقيع ثان من الساحب أو المسحوب عليه دون أن يحمل صيغة الضمان الاحتياطي يعتبر إضافة ثانية لا قيمة قانونية لها اللهما تأكيد التوقيع الأول.

94. وقد جاء في الفقرة الثالثة ما يلي : «يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة أو في محرر مستقل يذكر فيه مكان صدوره».
وفي الفقرة الرابعة «ويعبر عنه بعبارة على سبيل الضمان الاحتياطي، أو أية عبارة أخرى مماثلة لها، على أن يوقعه الضامن الاحتياطي...»

95. «endossement antérieurs garanties

96. راجع تفصيل ذلك في الصفحة 77 إلى 84 من هذا الكتاب.

97. «يعتبر الضمان الاحتياطي حاصلا بمجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة، ما لم يتعلق الأمر بتوقيع المسحوب عليه أو الساحب».

ولا يمكن أن يقع التوقيع بالضمان الاحتياطي، إن كان على بياض، على ظهر الكمبيالة أو الوصلة، وتضاف إليهما كذلك الورقة المستقلة لتجانس الأسباب والدوافع، لأن التوقيع على بياض على ظهر الكمبيالة أو على الوصلة أو الذيل يعد تظهيرا ناقلا لملكية المبلغ (الفقرة الثامنة من المادة 167 من قانون التجارة الجديد).

ولا يجوز وضع التوقيع بالضمان الاحتياطي، كما هو الشأن في توقيع الساحب أو المسحوب عليه، على الطابع الضرائبي «timbre»، الذي يمكن أن يتعرض للإزالة أو السقوط؛ ولاختلاف مواقف الفقه والقضاء في هذا الشأن، كما أن الضمان الاحتياطي الواقع على كمبيالة باطلة من حيث الشكل لا يعتبر ضمانا صرفيا، وإنما يعتبر كفالة عادية على غرار ما رأينا سابقا.

وإذا كانت المادة 180 لا تشترط ذكر تاريخ الضمان الاحتياطي، إلا أن لذكره فائدة عملية وقانونية، إذ يمكننا التاريخ من معرفة ما إذا كان الضامن الاحتياطي يتمتع وقت توقيعه بالأهلية التجارية أم لا، لما في ذلك من تأثير على الضمان إما صحة أو قابلية للابطال أو بطلانا (المادة 164)، وبعبارة ثانية، لا يترتب عن تخلف تاريخ الضمان الاحتياطي بطلان هذا الضمان على خلاف تخلف الكتابة (ما عدا في حالة الضمان الاحتياطي على بياض حيث تكون الصيغة والكتابة غير ضرورية) أو التوقيع اللذين يجعلان الضمان الاحتياطي باطلا وكان لم يكن، أو تخلف الشكل المطلوب في الالتزام المضمون -هنا الكمبيالة- (المادة 180 ف8).

وإذا كان التظهير بمختلف أنواعه، لا يمكن أن يقع سوى على الكمبيالة أو على وصلة أو ذيل (الفقرة السابعة من المادة 167) فإن الضمان الاحتياطي يمكن أن يقع على الكمبيالة أو على وصلة أو على ورقة مستقلة (الفقرة الثالثة من المادة 180)، وبمعنى آخر، أن التظهير على ورقة مستقلة يكون تظهيرا باطلا، أما الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة فيكون ضمانا صحيحا، وإن اشترطت المادة 180 أن يذكر فيه مكان صدوره، والاجتهاد القضائي الفرنسي بيان المبلغ المضمون ومدة الضمان (نقض مدني، قرار 7 مارس 1944)[98].

ويكون نافعا أن نشير ولو في عجالة إلى بعض مميزات وخصائص الضمان الاحتياطي على ورقة مستقلة.

98. جوفري : المرجع السابق، صفحة 525، فقرة 797.

لم يأت مبدأ جواز الضمان الاحتياطي على الورقة المستقلة في اتفاق جنيف، وإنما ورد في الملحق الثاني الخاص بالتحفظات التي تجيز لكل دولة الخيرة في الأخذ به من عدمه.

ويرجع السبب في ذلك إلى الخلاف الذي وقع بين المؤتمرين الذين انقسموا إلى قسمين أو فريقين :

فريق ينفر منه ويرفضه لأنه يقع على عنصر خارجي عن الكمبيالة ؛ إذ يرى فيه مساسا بأهم مبادئ الكمبيالة ألا وهو مبدأ الكفاية الذاتية.

وفريق آخر يُجيزه ويحبذه، فهو من جهة ضمان احتياطي سري[99] «aval secret»، يقع من غير علم الموقعين، ولا يعرف به غالبا إلا الحامل أو المستفيد الذي طلبه، ولا يتداول مع السفتجة، ويتمتع هذا التكفل أو الضمان بكثير من المزايا الحقيقية التي تحفظ سمعة المكفول، وتبعد الشك والمخاوف عن مركزه المالي وملاءة ذمته، كما أنه يفتح الباب أمام ضمان عدة كمبيالات دفعة واحدة.

وإذا كان التشريع الجرماني يرفض الضمان الاحتياطي، الذي يقع على ورقة مستقلة، فإن التشريع الفرنسي والمغربي يأخذان به كما هو واضح من الفقرة الثالثة من المادة 130 فرنسي، والفقرة الثالثة من 180 تجاري مغربي، التي جاء فيها «يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة أو في محرر مستقل يذكر فيه مكان صدوره...».

ويشترط لصحة الضمان الاحتياطي الذي يقع في محرر مستقل شرطان أحدهما قانوني والثاني قضائي.

ويتعلق الأول ببيان مكان صدور الضمان -أما الضمان الاحتياطي الذي يقع على ذات الكمبيالة، فلا يخضع لمثل هذا الشرط، لأن الكمبيالة تحمل مكان الإنشاء أو الصدور تحت طائلة بطلانها (المادة 159 ف7) ما عدا في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين 5 و 6 من المادة 160 من قانون التجارة الجديد- هذا البيان أو التعيين الذي يتفق مع معاهدة جنيف، التي تجعل من قانون مكان الصدور أداة لحل تنازع القوانين المتعلق بالشكل، وبعبارة أخرى، أن شكل التصرف يخضع لقانون البلد الذي صدر فيه.

99. جوكلار وابوليتو : المرجع السابق فقرة 282.

ويميل الرأي الغالب إلى وجوب بيان مكان صدور الضمان الاحتياطي سواء تعلق الأمر بالتعامل الدولي أو التعامل الداخلي[100] لأن النص جاء عاما لا يفرق بينهما، ولكن هناك رأيا آخر، يذهب إلى أن هذا البيان لا يكون لازما إلا إذا كانت المعاملة دولية، مدعيا عدم جدوى هذا البيان في المعاملات الداخلية، لأن الحامل أو المستفيد لا يهمه سوى معرفة البلد الذي صدر فيه، فإن كان البلد كألمانيا مثلا، فإن الضمان الاحتياطي الذي صدر فيها يكون باطلا إن وقع على ورقة مستقلة أما إن كان المغرب أو فرنسا، فإن الضمان الاحتياطي صحيح لأن قانوني البلدين يجيزانه.

واختلف الفقه والقضاء كذلك حول ما إذا كان بيان مكان الصدور يتحدد باسم البلد أو اسم المدينة، ولكن نعتقد أن بيان أحدهما يغني عن الثاني، لأن ذكر البلد أو المدينة بهذا البلد يحل النزاع الدولي، فذكر مراكش أو الرباط أو البيضاء أو فاس معناه المغرب.

ويتعلق الشرط الثاني القضائي بوجوب بيان الكمبيالات موضوع الضمان -من مميزات الضمان على ورقة مستقلة أنه يفتح كما قلنا الباب أمام ضمان عدة كمبيالات دفعة واحدة- وذكر مبالغها وتاريخ استحقاقها.

ويجب على الضامن الاحتياطي ثالثا أن يعين الشخص الموقع الذي يكفله «avalisé» أهو الساحب، أو المظهر، أو المسحوب عليه القابل أو غير القابل، أو الضامن الاحتياطي.

ولا يترتب على تخلف هذا البيان بطلان الضمان الاحتياطي، لأن الشارع أو المشرع حل محل الأطراف في تأويل إرادتهما ؛ معتبرا أن الضمان الاحتياطي مقدم، في حالة عدم بيان الشخص المضمون، لفائدة الساحب وفقا للفقرة السادسة من المادة 180 تجاري التي جاء فيها : «يجب أن يعين في الضمان الاحتياطي الطرف الذي قدم لفائدته وإلا اعتبر مقدما لصالح الساحب»[101].

ويتبين من هذا الافتراض -افتراض تقديم الضمان الاحتياطي لصالح الساحب عند عدم بيان الطرف الذي قدم لفائدته- أن المشرع يروم تفادي بطلان الضمان الاحتياطي.

100. نقض فرنسي تجاري، 11 يناير 1972، مجلة قصر العدالة، 1972 - 11 - 433 دالوز صفحة 211.

101. خلافا للمادة 1123 من قانون الالتزامات والعقود، التي نصت على أنه «يجب أن يكون التزام الكفيل صريحا، والكفالة لا تفترض».

ويتبين من الفقرة السادسة من المادة 180 أن المشرع أقام قرينة قانونية على أن الضمان قدم في الحالة أعلاه للساحب لأنه يضمن الوفاء بالنسبة لجميع الموقعين، ضمانا من النظام العام لا يمكنه التحلل منه أبدا (المادة 165)[102].

ولقد وقع التساؤل في الفقه والقضاء حول ما إذا كانت هذه القرينة القانونية قطعية لا تقبل إثبات العكس، أو إنها مجرد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ؟

اختلف الفقه المقارن والقضاء الدولي المقارن في الجواب عن هذا التساؤل ! فذهب البعض إلى أنها قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس، ورأى فريق ثان إلى أنها قرينة قاطعة أو قطعية لا تقبل إثبات العكس، ووصفها جانب ثالث بالقرينة المزدوجة، بمعنى قرينة قاطعة أو قطعية لا تقبل إثبات العكس تارة، وقرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس تارة أخرى.

وتسود الآن، بناء على ذلك في المجال القانوني ثلاث نظريات.

أ- نظرية القرينة القطعية أو القاطعة
: «Présomption irréfragable»

ترى هذه النظرية أن قرينة تقديم الضمان الاحتياطي إلى الساحب عند السكوت عن بيان الشخص المضمون، التي جاء بها قانون جنيف الموحد، قرينة قطعية غير قابلة لإثبات العكس، بمعنى أن هذه القاعدة جوهرية لا يجوز إثبات ما يخالفها، ولو ظهر أن الضامن الاحتياطي، يريد ضمان المسحوب عليه أو المظهر أو الضامن الاحتياطي.

وقد أقرت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية، مجتمعة بجميع غرفها بقرار 8 مارس 1960، راجية أن تضع حدا لمقاومة وإلحاح كثير من محاكم الاستئناف، وخاصة محكمة استئناف باريس التي لا ترى في هذه القرينة سوى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[103].

102. التي جاء فيها :
«الساحب ضامن للقبول والوفاء.
ويجوز له أن يعفي نفسه من ضمان القبول ويعد لاغيا كل شرط يقضي باعفائه من ضمان الوفاء».

103. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 211، بند 250.
جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق فقرة 281.

وأخذت بهذه القطعية كذلك محكمة النقض اليونانية «cour de cassation hellénique»، بقرار الغرفة الأولى عدد 1960/547، الذي جاء فيه : «تطبيقا للمادة 31 من القانون اليوناني لسنة 1932، إذا لم يعين في الكمبيالة الشخص الذي قدم له الضمان، افترض أنه حاصل لمصلحة الساحب، وأن هذه القاعدة القانونية التفسيرية لا تقبل الدليل العكسي»[104] وكذلك شأن المحاكم البلجيكية والبرتغالية.

وقد اكتشف الفقه عيب أو نقص -ان لم نقل خطورة- القرينة القاطعة على الأقل بالنسبة للساحب -متى كان ساحبا ومستفيدا طبقا للمادة 161 ف1- الذي يحتفظ بكمبيالة تحمل الضمان الاحتياطي دون تعيين للشخص المضمون لنفسه، باعتباره ساحبا وحاملا، فلا يمكن له في هذه الحالة أن يمارس الرجوع الصرفي، إن رفض المسحوب عليه الوفاء، ضد الضامن الاحتياطي الذي لم يبين الشخص المضمون، لأن الضمان الاحتياطي يعتبر في هذه الحالة مقدما لصالح الساحب نفسه (المادة 180 ف6)، حتى ولو ظهر أن الضامن الاحتياطي قدم ضمانه لفائدة المسحوب عليه، لأن قرينة تقديم الضمان في هذه الحالة لفائدة الساحب قرينة قطعية غير قابلة لإثبات العكس.

ولكن محكمة النقض خففت من آثار هذه الحالة -نقض تجاري بتاريخ 17 يونيو 1974- بأن منحت للساحب حق إثارة الكفالة المدنية، وأن يستعمل في إثباتها كل وسائل الإثبات ما عدا تلك الوسائل المستمدة من الكمبيالة[105].

ولم يتأخر المجلس الأعلى ببلادنا عن الأخذ بقاعدة القرينة القاطعة أو القطعية، وذلك بقرار 29 يونيو 1960، الذي يرفض أن تكون مقتضيات المادة 147 من القانون التجاري[106] مقتضيات إثبات فحسب، وإنما اعتبرها قواعد جوهرية مطلقة تحتم بيان الشخص المضمون، ولا تجوز مخالفتها حتى ولو كان الضمان أو التكفل عديم الفائدة أو الجدوى لحصوله من الساحب، وقد جاء في هذا القرار : «إن المادة 147 من القانون التجاري -الذي يردد في فقرته السادسة مقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 31 من القانون الموحد بشأن السفتجة «الإثرة»، والسند للأمر، المصادق عليهما بالاتفاقية الدولية المبرمة في جنيف بتاريخ 7 يونيو 1930، التي تبناها المغرب

104. نشر هذا القرار في المجلة المغربية للقانون، بتاريخ فاتح أكتوبر 1962 صفحة 830.
105. جوفري : المرجع السابق صفحة 525، فقرة 797.
106. في ظل التشريع القديم المنسوخ، ولقد حافظ القانون الجديد على الفقرة ذاتها في المادة 180 ف 6.

بمقتضى الظهير الصادر في 19 يناير 1939- لا ينص على قاعدة من قواعد الإثبات، بل يحتم أن يُذكر عند وقوع الضمان أو الكفالة إسم الشخص الذي وقعت لفائدته، كما عين الفصل المذكور نفسه رفعا لكل التباس في المعاملات الصرفية -في حالة عدم ذكر اسم الشخص المضمون أو المكفول- الطرف الذي تحمل الكفالة على أنها معطاة لفائدته، دون أن يجوز للأطراف المعنيين بالأمر، أن يعوضوا هذا التعيين بتقديراتهم الخاصة بأية طريقة كانت، وعليه فإن العبارة الأخيرة من المقطع السادس تحصر بالنسبة إلى جميع الأطراف التزام الكفيل أو الضامن الاحتياطي في كفالة الساحب وتحظر العبارات القاطعة الواردة في الفصل 147 كل تأويل مخالف حتى ولو بقيت الكفالة بدون أثر كما يقع حين يكون الكفيل هو الساحب نفسه»[107].

وعملت بعض المحاكم المغربية على تطبيق قاعدة تكفل أو ضمان الساحب عند عدم بيان الشخص المضمون أو المكفول بدقة، مقررة أن الساحب المكفول في هذا الافتراض لا يستطيع أن يتابع الكفيل كملتزم أو مدين متضامن مع باقي الملتزمين، لأن القانون اعتبر الضمان أو التكفل هنا حاصلا لفائدة الساحب نفسه.

ويكون نافعا أن ندرج بعض حيثيات هذا الحكم، الذي صدر بمراكش بتاريخ 7 ماي 1956 إذ جاء فيه : «يجب طبقا للفصل 147 من القانون التجاري المغربي، أن يبين الضمان الشخص المضمون أو المكفول، وإلا اعتبر الضمان أو التكفل حاصلا لفائدة الساحب، فإ لم يعين الكفيل الشخص الذي يكفله تعذر على الساحب المنشىء للسفتجة في هذه الحالة، أن يقاضي هذا الضامن الاحتياطي أو الكفيل كمدين متضامن، لأن تكفله يعتبر حاصلا لفائدة هذا الساحب نفسه، ويكون على خلاف ذلك للمدعي المستفيد إن لم يكن ساحبا أو كان من الغير، أن يتابع الكفيل على وجه التضامن لأنه يضمن التزام أو تعهد الساحب»[108].

ولقد هاجم بعض الفقه نظرية القرينة القطعية غير القابلة لإثبات العكس، وعارضها بعض القضاء خاصة قضاء محكمة الاستئناف بباريس ؛ على أساس أنها قد تناهض الإرادة الحقيقية للأطراف المتفقة، ذلك أن الضامن الاحتياطي قد يروم تقديم الضمان في الحقيقة إلى المسحوب عليه مثلا، ثم يغفل لسهو أو خطأ بيان اسمه، فيفترض فرضا أن الضمان الاحتياطي قدم لفائدة الساحب.

107. نشر هذا القرار في جريدة المحاكم المغربية، بتاريخ 25 يوليوز 1960 صفحة 79. وفي مجلة القضاء والقانون التي تصدرها وزارة العدل العدد 33 السنة 4 بتاريخ نوفمبر 1960 صفحة 110.

108. نشر بجريدة المحاكم بالمغرب، بتاريخ 25 يوليوز 1956 صفحة 109.

ولقد حاولت محكمة النقض الفرنسية التخفيف من قساوة هذه القرينة القطعية في حالتين، أدرج مضمونهما جانتان «Jeantin»[109]، حالة إعطاء الضمان في محرر مستقل حيث يجوز تحديد الشخص المضمون بكافة وسائل الإثبات طبقا لقواعد القانون العادي -أي لا يفترض هنا خلافا لقواعد الصرف أن الضمان الاحتياطي مقدم لصالح الساحب- وتتجسد الحالة الثانية في عدم بيان الضمان الاحتياطي الواقع على ذات الكمبيالة الشخص المضمون، إلا أن الأطراف أقدمت على بيانه في محرر مستقل، فإن هذا التعيين الأخير ينهض حجة على أن هذا الشخص المعين هو المضمون.

ب- نظرية القرينة البسيطة «Présomption simple» :

يرى أنصار هذه النظرية، أن القرينة التي جاءت في قانون جنيف الموحد وفي المادة 130 تجاري فرنسي، والمادة 180 تجاري مغربي، قرينة مستنتجة وبسيطة يمكن دحضها بإقامة الدليل العكسي، الذي يظهر الإرادة الحقيقية.

ويعتبر هذا الموقف صدى للنظريات التي كانت سائدة قبل قانون جنيف الموحد، والتي كانت تأخذ لحل هذه الإشكالية، إما بنظرية الإرادة المستنتجة قانونا، والتي يمكن أن تعني شيئا آخر أو تنصرف إلى شخص آخر لذلك تقبل إثبات العكس، أو بنظرية مكان توقيع الضمان الاحتياطي، فإن كان بجانب الساحب كان له، وإن كان بجانب المسحوب عليه، أو بجانب المظهر كان له ما لم يثبت العكس، أو نظرية القرينة البدلية أو البديلة «Altérnative»، التي تقدم الضمان للساحب إذا كانت الكمبيالة غير مقبولة، وللمسحوب عليه إن كانت الكمبيالة مقبولة.

ولقد أخذت بفكرة القرينة البسيطة القابلة لإثبات العكس المحكمة الفيدرالية السويسرية (والنمساوية) ومحكمة النقض الألمانية، اللتان اعتبرتا قرينة ضمان أو تكفل الساحب قرينة بسيطة قابلة لأثبات العكس[110].

109. المرجع السابق، صفحة 188 و 189 فقرة 349.

110. الدكتور علي سلمان العبيدي : الأوراق التجارية في التشريع المغربي (القديم المنسوخ)، الطبعة الأولى سنة 1970، صفحة 271.

ج- نظرية القرينة المزدوجة، التي تجعل منها تارة قرينة قطعية، وتارة أخرى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس :

يأخذ بهذه النظرية بعض الفقه وبعض القضاء، الذي يجعل القرينة تختلف من قطعية إلى قرينة بسيطة، باختلاف نوع العلاقة التي تربط أطراف الكمبيالة، وعمد بعضهم كروني روبلو[111]«René Roblot» وجيزامبيرجي «Geisenberger» على تعديد وبيان هذه الحالات المختلفة.

ولا نعتقد بجدوى هذه النظرية الأخيرة، إن لم نقل نرفضها لأنها تدخلنا في متاهات الافتراضات والافتراضات المضادة ؛ التي لا يمكن لنا إلا أن نطلق عليها ممارسة لعبة القانون.

وإذا كانت لنا الخيرة، فإن اختيارنا يخالف دون شك أو تردد ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في بلادنا وفرنسا، أي نميل لأن نجعل من القرينة الواردة في المادة 180 من قانون التجارة الجديد، قرينة بسيطة استنتجها الشارع أو المشرع، وتكون قابلة لإثبات العكس بإظهار الإرادة الحقيقية، لأن في ذلك ما يقربنا إلى العدالة إن لم نقل الإنصاف.

ولقد عمدت اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، أمام هذا الخلاف والتضارب، إلى ابتداع حل جديد، نراه أقرب إلى الصواب، ونميل إليه، ويروم هذا الحل إلى افتراض تقديم الضمان الاحتياطي، عند غياب تعيين الشخص المضمون، لحساب القابل أو المسحوب عليه، وذلك في الفقرة 5 من المادة 46 التي جاء فيها : «يجوز أن يعين الضامن الشخص المضمون، وفي حالة عدم تعيينه، يعتبر الضمان مقدما لحساب القابل، أو المسحوب عليه في السفتجة، أو لحساب المحرر في السند لأمر».

111. المرجع السابق صفحة 211، بند 250. وجيزا مبيرجي : ضمان الأوراق التجارية ؛ 1955، فقرة 94.

المبحث الرابع

آثار الضمان الاحتياطي

«Les effets de l'aval»

تعتبر العلاقات المتفرعة عن الضمان الاحتياطي من أخطر العلاقات وأكثرها تعقيدا في نظر الفقه الحديث[112] والقديم، فهي تخضع لنوعين من القواعد : قواعد قانون الصرف من جهة، وقواعد الكفالة التضامنية من جهة أخرى. وللتناقض الذي يخيم على فقرتين من الفقرات الثلاث الأخيرة -السابعة والثامنة- من المادة 180 من قانون التجارة الجديد، المنظمة لهذه الآثار وهي التالية :

«يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون».

«يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحا، ولو كان الالتزام المضمون باطلا لأي سبب كان، غير العيب في الشكل».

«يكتسب الضامن الاحتياطي عند وفائه للكمبيالة الحقوق الناشئة عنها تجاه المضمون، وتجاه الأشخاص الملزمين نحو هذا الأخير بموجب الكمبيالة».

ويكون نافعا ومنطقيا أن نعالج آثار الضمان الاحتياطي من خلال العلاقات التي تربط مختلف أطراف الكمبيالة، سواء كان الضمان الاحتياطي ناشئا بصفة قانونية، أو غير قانونية حيث يعتبر مجرد عقد كفالة.

أولا : أثر الضمان الاحتياطي على العلاقة فيما بين الضامن الاحتياطي والحامل :

يلتزم الضامن الاحتياطي على وجه التضامن مع بقية الموقعين على الكمبيالة (وفقا لما تنص عليه المادة 201 من قانون التجارة الجديد)[113] بأداء مبلغها في

112. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 213 ، بند 252.

113. التي جاء فيها :

«يسأل جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها، والمظهرين والضامنين الاحتياطيين، على وجه التضامن نحو الحامل ؛

يحق للحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة، دون أن يكون ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به إلتزامهم ؛

ويتمتع بالحق نفسه كل موقع للكمبيالة أدى مبلغها ؛

ولا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من إقامة الدعوى تجاه الآخرين، ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولا».

تاريخ الاستحقاق إلى الحامل.

وتحكم التزام الضامن الاحتياطي نحو الحامل قواعد قانون الصرف وقواعد الكفالة التضامنية.

I- قواعد الصرف :

يعد التزام الضامن الاحتياطي التزاما تجاريا على وجه التضامن وصرفيا، خاضعا للقواعد المنظمة لقانون الصرف، وتطبق قواعد الصرف على التزام الضامن الاحتياطي لأسباب عديدة منها : يسأل مسؤولية المضمون، وبعبارة المادة 180 ف 7 «يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون» وثانيا لأنه موقع على الكمبيالة وتوقيعه يعرضه لدعوى رجوع الحامل الصرفية إن لم يقع أداء أو وفاء مبلغ الكمبيالة في تاريخ استحقاقها (المادة 201) شأنها شأن دعوى الرجوع التي تقام على الساحب والقابل والمظهر، وثالثا لتضامنه مع الملتزمين الآخرين، فلا يملك حق الدفع لا بالتقسيم ولا بالتجريد وكل ما يملك هو استعمال نفس الدفوع التي يحظى بها المضمون كالتقادم، و الإهمال وغيرهما.

ويقصد بقواعد قانون الصرف هنا على الخصوص استقلال التوقيعات، وعدم جواز الاحتجاج بالدفوع الشخصية ضد الحامل حسن النية، وضمان الضامن الاحتياطي للوفاء والقبول ما لم يتعلق الأمر بوفاء كمبيالة غير مقبولة.

1- يترتب عن مبدإ استقلال التوقيعات اعتبار التزام الضامن الاحتياطي صحيحا، حتى ولو كان الالتزام المضمون باطلا لأي سبب كان، ماعدا الأسباب المتعلقة بالشكل وفقا لما نصت عليه الفقرة 8 منالمادة 180 التي جاء فيها : «يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحا، ولو كان الالتزام المضمون باطلا لأي سبب كان غير العيب في الشكل».

وتتعارض هذه القاعدة الجوهرية مع قواعد الكفالة في القانون العادي، تلك القواعد التي ترتب على بطلان الالتزام الأصلي بطلان الكفالة (المادة 1150 ق.ل.ع.م[114])، والتي لا تعتبر الكفالة صحيحة إلا إذا قامت على التزام صحيح (المادة 1120 ق.ل.ع.م.[115])).

114. وقد جاء في هذه المادة : «كل الأسباب التي يترتب عليها بطلان الالتزام الأصلي أو انقضاؤه، يترتب عليها انتهاء الكفالة».

115. وجاء في هذه المادة : «لا يجوز أن تقوم الكفالة إلا إذا وردت على إلتزام صحيح».

ويتحمل الضامن الاحتياطي بالالتزام الصرفي نحو الحامل، بناء على قاعدة استقلال التوقيعات، حتى ولو كان الشخص المضمون ناقص الأهلية أو عديمها، أو شاب إرادته عيب من العيوب التي يمكن أن تصيب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والغبن أو الاستغلال أو المرض أو غيرها من الحالات المشابهة، أو كان سبب التزام المضمون أو الباعث عليه غير مشروع، أو كان توقيع هذا الأخير مزورا. ولكن يمكن للضامن الاحتياطي أن يتحلل من التزامه الصرفي إذا كانت الكمبيالة باطلة لتخلف بيان من البيانات الالزامية، كتخلف تسمية كمبيالة على ذات الصك، أو توقيع الساحب، أو تاريخ التحرير، أو عدم ذكر اسم المستفيد أو المسحوب عليه أو البيانات الخاصة بشكل الضمان.

2- لا يجوز للضامن الاحتياطي بناء على قواعد الصرف أن يحتج ضد الحامل حسن النية بالدفوع الشخصية التي له على أحد الموقعين ما لم تكن تتعلق بالشكل وفقا للفقرة الثامنة من المادة 180 من قانون التجارة الجديد المشار إليها سابقا، والمادة 171 من قانون التجارة التي جاء فيها :

«لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة، أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين، ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الاضرار بالمدين».

وتتعارض هذه القاعدة أيضا مع قواعد الكفالة العادية المنصوص عليها في المادة 1140 ق.ل.ع.م.، التي تجيز للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل دفوع المدين الأصلي، وقد جاء في هذه المادة ما يلي :

«للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له، أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي، وله أن يتمسك بهذه الدفوع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها. كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالابراء من الدين الحاصل له شخصيا».

ويستنتج من هذه القاعدة الصرفية أن هناك دفوعا لا يجوز للضامن الاحتياطي التمسك بها ضد الحامل حسن النية ودفوعا يمكن له أن يحتج بها ضد الحامل ولو كان حسن النية.

فلا يمكن للضامن الاحتياطي أن يتمسك ضد الحامل حسن النية بالدفوع التي يمكنه أن يحتج بها ضد أحد الموقعين، كالدفع بفساد إرادته لعيب من عيوب الرضى -كالدفع بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن- أو الدفع بعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته أو بالصورية أو أن الضمان لم يكن إلا مجاملة وغيرها من الدفوع الشخصية على الموقع.

ويسوغ للضامن الاحتياطي على عكس ذلك، أن يدفع ضد الحامل ولو كان حسن النية بالدفوع الشكلية -الشروط الشكلية اللازمة لصحة الكمبيالة- سواء تعلقت بالبيانات الإلزامية أو الاختيارية -ولو أن تخلف هذه الأخيرة لا يبطل الكمبيالة- وبنقص أو انعدام أهليته، أو تجاوز حدود النيابة أو تزوير توقيعه (المادة 164 من قانون التجارة الجديد) وبالبيانات الشكلية الخاصة بالضمان الاحتياطي كبيان مكان صدور الضمان إن وقع على ورقة مستقلة.

ويقع التساؤل حول ما إذا كان بإمكان الضامن الاحتياطي، أن يتمسك ضد الحامل بدفوع المضمون تجاه هذا الأخير ؟

إذا كانت الفقرة السابعة من المادة 180 من قانون التجارة تفيد ذلك، إذ جاء فيها «يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون» فإن الفقرة الثامنة من المادة ذاتها تبدو لصياغتها مناقضة لها، كما يظهر من قراءتها : «يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحا، ولو كان الالتزام المضمون باطلا، لأي سبب غير عيب في الشكل».

لا يمكن القول في الأصل بأن للضامن الاحتياطي أن يتمسك بكل الدفوع التي هي للمضمون إزاء الحامل لما في ذلك من تناقض مع المادة 171 من قانون التجارة، ومع الفقرة الثامنة من 180، ولا يمكن القول من جهة أخرى، بعدم التمسك النهائي بالدفوع التي للمضمون تجاه الحامل لأن ذلك يتعارض مع الفقرة السابعة من المادة 180 من قانون التجارة الجديد!

إذن ماهي الحلول التوفيقية التي توخاها الشارع أو المشرع من الفقرتين 7 و8 من المادة 180، اللتين تبدوان متعارضتين خاصة أن الأولى تجعل من التزام الضامن الاحتياطي التزاما تبعيا، والثانية تجعل من التزامه التزاما أصليا صرفيا !

ويقع حل هذا التنازع أو التعارض، على ضوء ما إذا كان التزام الضامن الاحتياطي أصليا وصرفيا، فلا يجوز التمسك بالدفوع، أما إذا كان التزامه تبعيا

فيكون له التمسك بالدفوع التي يمكن للمضمون أن يتمسك بها تجاه الحامل، ويكون التزام الضامن الاحتياطي تبعيا في كل الأحوال التي يتحلل فيها المضمون من التزامه إما للتقادم أو المقاصة أو الإهمال أو غيرها من أسباب انقضاء الالتزام أو لعيب في الشكل، وفي غير هذه الحالات يكون التزامه أصليا صرفيا، لا يُخول له التمسك بالدفع كالدفع بتعيب إرادة المضمون، والدفع بنقصان أهليته أو انعدامها، والدفع بانعدام سبب التزام المضمون أو عدم مشروعيته وغيرها.

ولا يعمل بالمتقضيات الصرفية السابقة، إلا إذا كان الحامل حسن النية، أما إذا كان هذا الأخير سيء النية، أي يقصد من اكتسابه الكمبيالة تعمد الإضرار بالمدين (المادة 171)، جاز للضامن الاحتياطي أن يستعمل جميع الدفوع، ولو كانت مستمدة من العلاقة مع الساحب والحملة السابقين ومن ضمنهم الموقع المضمون.

3- يضمن الضامن الاحتياطي الوفاء والقبول، ولو أن الفقرة الأولى من المادة 180 نصت على الوفاء فحسب[116]، لأن قانون الصرف قرر في المادة 196 إمكانية الرجوع المبتسر أو قبل الأوان، عندما يرفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة، على الساحب والمظهرين، وبقية الملتزمين، الذين يكون الضامن الاحتياطي واحدا منهم.

II- قواعد الكفالة التضامنية :

تترتب عن الكفالة التضامنية، باعتبارها عملا تجاريا تبعيا للكمبيالة، عدة قواعد جوهرية تنظم العلاقة بين الضامن الاحتياطي والحامل نجملها فيما يلي :

1- لا يمكن للضامن الاحتياطي أن يدفع بمزية التجريد Bénéfice de discussion ولا بمزية التقسيم Bénéfice de division، وبمعنى آخر لا يمكن له أن يطالب بتجريد المضمون من أمواله أولا قبل الرجوع عليه، أو تقسيم الدين عند تعدد الضامنين الاحتياطيين.

2- يعتبر التزام الضامن الاحتياطي التزاما تبعيا، أو أن الضامن الاحتياطي مدين تبعي للمضمون المدين الرئيسي، فلا يلزم إلا بنفس الكيفية التي يلتزم بها الشخص المضمون (الفقرة 7 من المادة 180).

116. وقد جاء في الفقرة الأولى ما يلي : «يجوز أن يضمن وفاء الكمبيالة كليا أو جزئيا ضامن احتياطي».

وتنشأ عن هذه القاعدة نتائج قانونية هامة نذكر بعضها فيما يلي :

أ- يجوز للضامن الاحتياطي أن يدفع ضد الحامل المهمل بسقوط حق الرجوع عليه، في الحدود التي يملكها هذا المضمون، فإذا كان ضامنا للمظهر، جاز له التمسك بالدفع بالإهمال الذي يملكه هذا المظهر إزاء الحامل، وإذا كان ضامنا للساحب الذي قدم مقابل الوفاء كان له أيضا أن يتمسك بالدفع بالإهمال الذي للساحب على الحامل، أما إذا كان ضامنا للمسحوب عليه القابل، أو الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، ما كان له أن يتمسك بحق السقوط ولو كان الحامل مهملا شأنه في ذلك شأن الساحب.

ب- يسوغ للضامن الاحتياطي أن يدفع بالتقادم تجاه الحامل في الحدود التي يملكها المضمون. بمعنى أن مدة التقادم تختلف باختلاف الشخص المضمون، فإن كان المضمون هو المسحوب عليه القابل كان للضامن الاحتياطي حق التمسك بالتقادم في مواجهة الحامل بعد مضي ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق، وإن كان المضمون هو الساحب أو أحد المظهرين كان للضامن الاحتياطي التمسك بالتقادم في مواجهة الحامل بمضي سنة واحدة تبدأ من تاريخ الاحتجاج أو البروتستو المحرر ضمن المهلة أو الأجل القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع دون مصاريف (المادة 228 من قانون التجارة الجديد).

واستقر الاجتهاد القضائي في فرنسا[117]، على أن تقادم الضامن الاحتياطي ينبغي أن يتأيد ككل تقادم صرفي باليمين، وهي اليمين المنصوص عليها كذلك في الفقرة الأخيرة من المادة 228 التي جاء فيها : «غير أنه إذا طلب من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين كان ملزما بأدائها، كما يلزم ورثته وذوو حقوقه، بأداء اليمين على أنهم يعتقدون عن حسن نية براءة ذمة موروثهم من الدين».

ويكون مضمون اليمين بالشكل الذي يجعل الضامن الاحتياطي يحلف على أن المضمون دفع مبلغ الكمبيالة على علمه ويمينه.

ويمكن القول كما تبين أعلاه، أن مقتضيات التقادم الصرفي المنصوص عليها في المادة 228 من قانون التجارة الجديد تسري على الضامن الاحتياطي ما عدا الفقرة الخامسة ؛ وبمعنى آخر، فخلافا للفقرة الخامسة، يسري أثر قطع التقادم الموجه

117. روني رويلو : المرجع السابق صفحة 215، بند 254.

ضد المضمون حتى على الضامن الاحتياطي وذلك طبقا للمادة 180 ف7 التي تقضي بأن الضامن الاحتياطي يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون، خلافا للفقرة الخامسة من المادة 228 التي جاءت عامة إن نصت على أنه : «لا يسري أثر قطع التقادم إلا على الشخص الذي اتخذ إزاءه الإجراء القاطع ...».

ج- يعفى الحامل من التعويض ومن توجيه الإعلام بالاحتجاج أو البروتستو (المنصوص عليهما في الفقرتين الرابعة والتاسعة من المادة 199 من قانون التجارة الجديد) إلى الضامن الاحتياطي إذا كان المضمون هو المسحوب عليه[118].

هذا، ويمكن للضامن الاحتياطي، أن يعفي الحامل بإدراج شرط الرجوع بلا مصاريف، من إقامة احتجاج عدم القبول أو الوفاء حتى يتسنى لهذا الأخير الرجوع عليه مباشرة في الحالات الأخرى، إلا أنه لا يجوز إعفاؤه من الآجال المعينة والإعلام (الفقرة الأولى والثانية من المادة 200).

ثانيا : أثر الضمان الاحتياطي على العلاقة فيما بين الضامن الاحتياطي والمضمون :

إذا كان المدين المضمون، والساحب ولو كان حاملا، لا يرجعا على ضامنهما الاحتياطي إن دفعا مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، لأن الأول مدين رئيسي، والثاني يضمن القبول والوفاء، في حدود التحلل الذي رأيناه سابقا. فإن الضامن الاحتياطي، إن أجبر على وفاء المبلغ، كان من حقه ككفيل متضامن أن يمارس دعوى الرجوع ضد المضمون وضد الأشخاص الملزمين نحو هذا الأخير، لأن الأداء يجعله يكسب الحقوق الناتجة عن الكمبيالة.

وأكدت هذه القاعدة الفقرة التاسعة والأخيرة من المادة 180 التي نصت على مايلي :

118. وجاء في الفقرة الرابعة : «إذا وجه إعلام إلى أحد موقعي الكمبيالة طبقا لمقتضيات الفقرة السابقة، وجب توجيه الإعلام ذاته إلى ضامنه الاحتياطي ضمن الأجل نفسه».

وفي الفقرة 9 مايلي : «ولا يترتب على من لم يوجه الإعلام داخل الأجل المشار إليه أعلاه سقوط حقه، وإنما يكون مسؤولا عند الاقتضاء، عن الضرر الذي تسبب فيه بإهماله دون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة».

«يكتسب الضامن الاحتياطي، عند وفائه للكمبيالة الحقوق الناشئة عنها تجاه المضمون وتجاه الأشخاص الملزمين نحو هذا الأخير بموجب الكمبيالة».

يرجع الضامن الاحتياطي على المضمون وضامنيه بدعوى شخصية وصرفية للمطالبة بكامل مبلغ الكمبيالة الذي قام بدفعه، وبالفوائد الاتفاقية إن وقع اشتراطها، والفوائد القانونية، التي تحسب ابتداء من يوم تاريخ الاستحقاق، ومصاريف الاحتجاج أو البروتستو، والاخطارات وغيرها من المصاريف (المادة 202 و 203 من قانون التجارة الجديد).

ويختلف مدى الضمان الاحتياطي باختلاف الشخص المضمون الموقع على الكمبيالة :

أ- إذا قدم الضمان للمسحوب عليه القابل، ما كان للضامن الاحتياطي أن يرجع إن وفى بالمبلغ على المظهرين، ولا على ضامنيهم الاحتياطيين، لأن المسحوب عليه مدين أصلي ورئيسي، ولا على الساحب الذي قدم مقابل الوفاء، وبمعنى آخر لا يكون للضامن الاحتياطي الرجوع سوى على المسحوب عليه القابل، والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، لأنه ضامن للوفاء، وضمانه للمظهرين من النظام العام.

ب- إذا قدم الضمان لأحد المظهرين، كان للضامن الاحتياطي حق الرجوع إن دفع المبلغ على المظهر المضمون، وعلى المظهرين السابقين الضامنين له دون اللاحقين، وعلى المسحوب عليه القابل، والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، والضامنين الاحتياطيين لهؤلاء جميعا.

ج- إذا قدم الضمان للساحب كان للضامن الاحتياطي الذي يدفع مبلغ الكمبيالة حق الرجوع على المسحوب عليه القابل، الذي تلقى مقابل الوفاء، لكن لا يجوز الرجوع على المظهرين لأنهم يلتزمون بالضمان نحو الحامل، لاتجاه الساحب الذي هو في الأصل ضامنهم.

د- إذا قدم الضمان لضامن احتياطي أول مثلا، كان لهذا الضامن الاحتياطي الثاني حق الرجوع على المضمون الأول، وعلى الشخص المضمون من طرفه حسب مركزه المحدد في الحالات السابقة.

ويعتقد بعض[119] القضاء والفقه[120]، أن أساس دعوى الرجوع هاته، يرتكز على دعوى الحلول القانوني «Subrogation légale» المنصوص عليها في المادة 1147 ق.ل.ع.م. (مثلا) التي جاء فيها :

«الكفيل الذي وفى الدين وفاء صحيحا، يحل محل الدائن في حقوقه وامتيازاته ضد المدين، في حدود كل ما دفعه، وضد الكفلاء الآخرين، في حدود حصة كل منهم، غير أن هذا الحلول لا يغير في شيء الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المدين الأصلي وبين الكفيل»[121].

ويقصد بهذه المادة، أن الضامن الاحتياطي الذي وفى مبلغ الكمبيالة إلى الحامل، يحل محله في حقوقه، وامتيازاته ضد ضامنيه، بمعنى، من حقه أن يطالب المظهرين السابقين والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، والمسحوب عليه القابل بمبلغ الكمبيالة والفوائد الاتفاقية والقانونية ومصاريف الاخطارات والاعلام وغيرها من المصاريف (المادتان 202 و 203 من قانون التجارة الجديد).

ولقد انتقد الفقه هذه النظرية ورفضها لتعارضها مع قانون جنيف الموحد، الذي يمنح للضامن الاحتياطي دعوى صرفية مستقلة ترتكز على الفقرة التاسعة من المادة 180 التي سبق بيانها.

ويظهر التعارض بين نظرية الحلول ونظرية الرجوع الصرفي واضحا، في أن الأولى تعطي من جهة للكفيل حقا مطلقا في الرجوع على المدين وضد الكفلاء الآخرين، في حين أن الرجوع الصرفي يختلف باختلاف ما إذا كان المضمون هو المسحوب عليه، أو الساحب، أو المظهر على نحو ما رأيناه سابقا، وتخول من جهة أخرى للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له، أو متعلقة بالدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي، وله أن يتمسك بهذه الدفوع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي كالإبراء من

119. محكمة النقض الفرنسية قبل الأخذ بقانون جنيف الموحد على الخصوص، التي كانت تطبق الفصل 2029 الذي جاء فيه :
«la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur»

120. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 217، بند 255.

121. ولقد نظم الحلول الاتفاقي والقانوني الذي يهمنا هنا في المواد من 211 إلى 216 من قانون الالتزامات والعقود.

الدين الحاصل له شخصيا (المادة 1140 ق.ل.ع.م.) في حين لا يجوز للضامن الاحتياطي بناء على قواعد الصرف أن يحتج ضد الحامل حسن النية بالدفوع الشخصية التي له على أحد الموقعين ما لم تتعلق بالشكل (المادتان 171 و 180 ف8 من القانون الجديد)[122].

ثالثا : أثر الضمان الاحتياطي على العلاقة بين الضامن الاحتياطي وبقية الضامنين الاحتياطيين من نفس الدرجة :

يختلف المركز القانوني للضامنين الاحتياطيين عند تعددهم باختلاف ما إذا كان الضمان مقدما لموقعين مختلفين، كان يضمن أحدهم المظهر، والثاني الساحب والثالث المسحوب عليه، أو أن الضمان مقدم لمضمون واحد، قد يكون هو المظهر أو الساحب أوالمسحوب عليه.

ولا تنشأ عن الحالة الأولى أية صعوبات تذكر، غير تلك التي عالجناها سابقا، والتي تتفرع عن القاعدة الصرفية المنصوص عليها في الفقرة 7 من المادة 180 من القانون الجديد التي تجعل الضامن الاحتياطي يتحمل بالالتزام بالكيفية التي يلتزم بها المضمون.

ولكن لا تهمنا هنا إلا الحالة الثانية، حالة ما إذا كان الضامنون الاحتياطيون يكفلون مضمونا واحدا.

أ- علاقة هؤلاء الضامنين الاحتياطيين بالحامل :

تعتبر هذه العلاقة صرفية، بمعنى أن الضامنين الاحتياطيين يلتزمون تجاه الحامل على وجه التضامن، ويمكن لهذا الأخير أن يتابعهم فرادى أو جماعة بمبلغ الكمبيالة كاملا، مع الفوائد والمصاريف دون أن يستطيع أي منهم الدفع بمزية التقسيم وفقا للمادة 201 من القانون الجديد التي جاء في فقرتيها الأولى والثانية على الخصوص :

«يسأل جميع الساحبين للكمبيالة، والقابلين لها، والمظهرين، والضامنين الاحتياطيين على وجه التضامن نحو الحامل.

122. راجع ما سبق بيانه.

يحق للحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادي أو جماعة دون أن يكون ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم ...».

ب- علاقة الضامنين الاحتياطيين من درجة واحدة بعضهم ببعض :

لا يقع في الأصل بين الضامنين الاحتياطيين من درجة واحدة أي تضامن ما لم ينص في الكمبيالة على خلاف ذلك ؛ وأن قطع التقادم لفائدة أحدهم، لا يستفيد منه الباقون، بمعنى لا يسري في حق الآخرين (الفقرة الخامسة من المادة 228).

فإذا وفى أحدهم بمبلغ الكمبيالة تطبيقا للقاعدة أعلاه ما كان ليرجع على باقي الضامنين الاحتياطيين إلا في حدود حصة كل واحد منهم، وإذا كان أحدهم معسرا أو غائبا، قسمت حصته بين كل الضامنين الاحتياطيين المليئي الذمة، مع حفظ حق هؤلاء في الرجوع على من دفعوا عنه حصته، وبعبارة ثانية، يملك كل ضامن احتياطي من نفس الدرجة الدفع بالتقسيم حتى لا يبقى جميع هؤلاء يدورون في حلقة مفرغة أو الدوران في سلسلة متلاحقة من المقاضاة أو الرجوع اللانهائي يصل دائما آخر من دفع بأول من دفع.

ولا يعدو أن تكون هذه القواعد سوى تطبيقا للمادة 179 و المادة 1145 من ق.ل.ع.م. التي جاء فيها :

«إذا تعدد الكفلاء المتضامنون، ودفع أحدهم الدين كله عند حلول الأجل كان له أن يرجع أيضا على الكفلاء الآخرين، كل بقدر حصته، وبقدر نصيبه في حصة المعسر منهم»[123].

ويلاحظ، أن بعض الفقه والقضاء في فرنسا يميز بين الضامنين الاحتياطيين الذين التزموا في نفس الوقت وبين الذين تأتي التزاماتهم متعاقبة أو متلاحقة الأوقات، ذاهبا إلى أنه لا يمكن الرجوع في حالة التزام الضامنين الاحتياطيين في تاريخ واحد

123. وقد جاء في المادة 179 ما يلي :
«الالتزام المتعاقد عليه تضامنيا تجاه الدائن ينقسم بقوة القانون بين المدينين.
المدين المتضامن الذي يؤدي الدين كاملا، أو الذي يترتب على وقوع المقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه، لا يحق له الرجوع على الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين.
وإذا كان أحد المدينين المتضامنين معسرا أو غائبا، قسمت حصته في الدين بين كل المدينين الآخرين الموجودين والمليئي الذمة مع حفظ حق هؤلاء في الرجوع على من دفعوا عنه حصته، هذا كله ما لم يوجد شرط يقضي بخلافه».

إلا على أساس قواعد القانون المدني التي تلزم بتقسيم المبلغ المدفوع، وبعبارة أخرى، إذا دفع الضامن الاحتياطي مبلغ الكمبيالة في هذه الحالة، ما جاز له الرجوع على باقي الضامنين الاحتياطيين إلا بقدر حصة كل واحد منهم، وإن دفعوا حصة المعسر أو الغائب قسمت بينهم. أما إذا كانت أوقات التزاماتهم متلاحقة، جاز للضامن الاحتياطي الذي دفع مبلغ الكمبيالة أن يرجع صرفيا على الضامن الاحتياطي الأسبق، بمعنى أن يرجع بالمبلغ كاملا، دون أن يملك هذا الأخير الدفع بمزية التقسيم.

ونعتقد بعدم جدوى هذه التفرقة، لما يحوطها من التناقضات، وما ينشأ عنها من نزاعات حول التاريخ السابق والتاريخ اللاحق، وما يترتب عنها من تفاوت في مراكز الضامنين الاحتياطيين الذين هم من درجة واحدة، فالأفضل عندنا، وكما يرى بعض الفقه كذلك، أن نسوي بين الضامنين الاحتياطيين دون نظر أو اعتبار لمسألة الالتزام السابق والالتزام اللاحق، أي عندما يدفع الكفيل أو الضامن الاحتياطي، فلا يكون له أن يرجع على باقي الضامنين الاحتياطيين، إلا بقدر حصة كل واحد منهم، وبعبارة أخرى، يحق لباقي الضامنين الاحتياطيين أن يدفعوا بمزية التقسيم «bénéfice de division» تطبيقا للمادتين 179 و 1145 من ق.ل.ع.م. بصرف النظر عن التاريخ السابق والتاريخ اللاحق.

الفصل الخامس

فـــي

الاستحقاق والتقديم والوفاء، وتعدد النظائر والنسخ، والمقاضاة أو الرجوع، والتقادم

انتهينا من بحث ودراسة نشأة الكمبيالة وتداولها، لننتقل إلى فنائها أو انقضائها إما بالوفاء، وما يترتب عن ذلك من إشكاليات ومشاكل المقاضاة أوحق الرجوع، أو إما بالتقادم.

وتستلزم طبيعة الدراسة وخطتها أن نتناول هذه الإشكاليات في أربعة فروع أساسية هي التالية :

الفرع الأول : الاستحقاق والتقديم والوفاء ؛

الفرع الثاني : تعدد النظائر والنسخ ؛

الفرع الثالث : المقاضاة أو حق الرجوع ؛

الفرع الرابع : التقادم.

الفرع الأول

الاستحقاق والتقديم والوفاء

«l'échéance et présentation au paiement»

إذا كانت الكمبيالة تتداول في الأصل قبل وبعد تاريخ الاستحقاق،[1] فإن القانون قد أوجب على الحامل أن يقدمها للوفاء إما يوم الاستحقاق بالذات – إذا كانت مستحقة في يوم معين، أو بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع –، وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له (المادة 184 من قانون التجارة الجديد) ؛ إن كان يوم الاستحقاق يوم عطلة، ما لم تكن هناك قوة قاهرة -ولا تعتبر قوة قاهرة مجرد الوقائع الشخصية الخاصة بالحامل، أو الشخص المكلف من طرفه بتقديم الكمبيالة أو إقامة الاحتجاج- تحول دون هذا التقديم (المادة 207 من قانون التجارة الجديد)، أو صادف يوم الاستحقاق يوم عطلة رسمية، حيث لا تجوز المطالبة بالوفاء إلا في أول يوم عمل تال أو موال (المادة 229 من قانون التجارة الجديد).

ونرى، لكي يتسنى لنا أن نعرف الفروق الدقيقة التي تميز الاستحقاق عن الوفاء، أن نعالج كل مؤسسة قانونية منهما على حدة، وذلك في ثلاثة مباحث هي التالية:

المبحث الأول : الاستحقاق ؛

المبحث الثاني : التقديم والوفاء ؛

المبحث الثالث : التعرض على الوفاء، والوفاء بالتدخل أو الواسطة.

1. المادة 173 من قانون التجارة الجديد.

المبحث الأول

الاستحقاق

«l'échéance»

يقصد بميعاد أو تاريخ الاستحقاق يوم حلول أجل أداء المبلغ الثابت في الكمبيالة، وتعطى لهذا اليوم من الأجل أهمية فائقة وقصوى في الميدان التجاري خاصة، لأن التاجر المرتبط بأجل الاستحقاق يترقبه بفارغ الصبر، ويعول عليه إما للوفاء بالتزاماته، أو لتحقيق صفقاته، أوللقيام بالتقديم تأمينا إما للحصول على المبلغ في وقته، أو ممارسة الدعوى الصرفية عند الاقتضاء.

ويترتب في غالب الأحيان على عدم احترام أجل الاستحقاق اضطراب العلاقات التجارية -التي غالبا ما تكون معقدة ومتشابكة، وتقوم على الثقة- والإساءة إلى مركز التاجر الدائن، وإلى الحركة التجارية، وقيام خطر احتمال تطبيق مساطر المعالجة، التسوية القضائية والتصفية القضائية (المادة 560)، ومن تاريخه أيضا يبدأ أجل سريان تقادم دعوى الحامل ضد المسحوب عليه -الذي مدته ثلاث سنوات- القابل، ودعوى الحامل على المظهرين والساحب -مدته سنة واحدة- في حالة اشتراط الرجوع دون مصاريف (المادة 228) وحساب الفوائد بالسعر القانوني، عند عدم أداء مبلغ الكمبيالة كاملا في هذا التاريخ (الفقرة الثانية من المادة 202)، وأجل تقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه قصد الأداء أو الوفاء طبقا للفقرة الأولى من المادة 184 التي تفرض على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعدة مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع، أن يقدمها للوفاء إما في يوم الاستحقاق بالذات وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له.

ويختلف تاريخ الاستحقاق، الذي يلعب هذا الدور الفعال في قانون الصرف، اختلاف جوهريا عن تاريخ الوفاء، من حيث زمن أو وقت وقوعهما، والنتائج القانونية الناشئة عن كل منهما.

ونمثل للاختلاف في الوقت والنتائج القانونية بالمادة 186 من قانون التجارة الجديد التي نصت على أن حامل الكمبيالة، لا يجبر على استلام قيمتها قبل ميعاد أو

تاريخ الاستحقاق، وإذا وفّى المسحوب عليه قبل الاستحقاق تحمل تبعة ذلك الوفاء، ومن وفّى في ميعاد أو تاريخ الاستحقاق برئت ذمته ؛ فإن لم يوف تحمل بأداء المبلغ والفوائد الاتفاقية والقانونية ومصاريف الاخطارات والاعلام وغيرها من المصاريف (المادة 202)، وإذا صادف يوم الاستحقاق يوم عطلة قانونية، تقدم الكمبيالة للوفاء في أول يوم عمل تال أو موال (المادة 229)، وإذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع كانت واجبة الوفاء بمجرد تقديمها، فإن ارتأى الحامل تاريخا غير هذا التاريخ وجب عليه في كل الأحوال تقديمها للوفاء على الأكثر في ظرف سنة من تاريخ تحريرها (المادة 182 ف 1)[2].

ويجب على الساحب أن يعين تاريخ الاستحقاق على ذات الكمبيالة وقت إصدارها أو سحبها (الفقرة الرابعة من المادة 159)، ألا أن الكمبيالة التي لم يعين فيها تاريخ الاستحقاق لا تبطل، وتكون مستحقة الأداء بمجرد الاطلاع أو التقديم (الفقرة الثانية من المادة 160)[3].

وقد دفع هذا الموقف الأخير بعض الفقه إلى اعتبار بيان تاريخ الاستحقاق بيانا اختياريا، وليس بيانا إلزاميا ما دام أن تخلف هذا البيان عند هؤلاء لا يبطل الكمبيالة، وإنما يجعلها مستحقة عند الاطلاع[4].

وتكفل القانون ببيان كيفية تحديد ميعاد أو تاريخ الاستحقاق في المادة 181 من قانون التجارة الجديد، وحصر طرق التعيين أو التحديد في أربع طرق، يترتب على مخالفتها، وعلى إدراج مواعيد أو تواريخ متعاقبة بطلان الكمبيالة، وفق الفقرة الأخيرة من ذات المادة، التي جاء فيها : «تكون الكمبيالة التي يعلق سحبها على آجال أخرى أو آجال متعاقبة باطلة».

وخلاصة القول، فإن حالات الاستحقاق – التي سبق بيان طريقة حسابها خلال عرض موضوع شكل الكمبيالة – الواردة في المادة 181 السابقة جاءت على سبيل الحصر لا التمثيل، وهي التالية :

1- أن تكون الكمبيالة واجبة الاستحقاق بمجرد الاطلاع عليها «à vue»

2. ويجوز للساحب أن ينقص من هذا الأجل أو يزيد فيه ؛ ويجوز للمظهرين أن ينقصوا من هذه الأجال فقط.

3. تكون كمبيالة باطلة في مصر.

4. جوكلار وإبوليتو : المرجع السابق صفحة 483 فقرة 265.

2- أو بعد مدة من الاطلاع «à un certain délai de vue».

3- أو بعد مدة من تاريخ تحرير الكمبيالة «à un certain délai de date».

4- أو في تاريخ معين «à jour fixe».

ولا يختلف هذا التحديد أو التعيين عن التحديد الوارد في المادة 33 من قانون جنيف الموحد، والمادة 131 من القانون التجاري الفرنسي، الذي ألغى طرق التعيين التي كانت تحكمها الأعراف والعادات المحلية، كتعيين تاريخ الاستحقاق بيوم سوق معين أو معرض معين «en foire» الذي كانت تنظمه المادة 133 من القانون التجاري القديم.

أما القانون الإسباني والمصري اللذان لا يأخذان لحد الساعة – على علمنا – بقانون جنيف الموحد، لا يزالان يحافظان على بعض طرق التعيين العرفية، أو الخاضعة للتقاليد المحلية ويظهر ذلك من المادة 127 مصري، التي جاء فيها : «يجوز سحب الكمبيالة لدفع قيمتها بمجرد الاطلاع عليها، أو بعد يوم أو أكثر أو شهر أو أكثر من وقوع الاطلاع، أو بعد يوم أو أكثر أو شهر أو أكثر من يوم تاريخها، أو في يوم مشهور أو يوم معين، كيوم عيد أو يوم سوق أو موسم».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فتقترب وتبتعد في الوقت ذاته عن القانونين المغربي والفرنسي وعن قانون جنيف الموحد في أنها تجيز سحب كمبيالة بإقساط تستحق في مواعيد متعاقبة في حين أن مثل هذه الكمبيالة باطلة في القانون المغربي (الفقرة الأخيرة من المادة 181).

وجسدت قاعدة المواعيد أو الآجال المتعاقبة في السفاتج الدولية المشار إليها أعلاه الفقرة الثالثة من المادة 9 التي جاء فيها :

يكون الصك مستحق الدفع في ميعاد معين إذا كان واجب الدفع :

أ- في تاريخ معين، أو بعد مدة معينة من تاريخ معين، أو بعد مدة معينة من تاريخ إصداره ؛ أو

ب- بعد مدة معينة من تاريخ الاطلاع ؛ أو

ج- على اقساط تستحق في مواعيد متعاقبة ؛ أو

د- على اقساط تستحق في مواعيد متعاقبة، مع النص في الصك على أنه في حالة التخلف عن دفع أحد الاقساط يُسْتَحق الرصيد غير المدفوع ...».

ونتعرض الآن في هذا الموجز لأشكال التعيين القانونية (المادة 181) لتاريخ الاستحقاق، وهي التالية :

أولا : الكمبيالة الواجبة الاستحقاق بمجرد الاطلاع :

تُسْتَحق هذه الكمبيالة بمجرد الاطلاع أو التقديم «à présentation»، أي أن تاريخ الوفاء يتحدد باليوم الذي يقوم فيه الحامل بتقديمها إلى المسحوب عليه من أجل الاطلاع والوفاء.

ويعبر الحامل، الذي قد يتشكك في قدرته على تقديم الكمبيالة للوفاء في تاريخ محدد بيوم معين «à jour fixe»، عن هذا التاريخ بعبارة «بمجرد الاطلاع» أو «لحين الطلب» أو «بمجرد التقديم» وغيرها من العبارات المشابهة أو الموازية وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة 9 من اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية.

ولا يُعَدُّ هذا التقديم للقبول وإنما هو للوفاء، لأن مثل هذه الكمبيالات لا تقدم كقاعدة عامة للقبول، لأن التاريخ الذي تحمله هو للاستحقاق أو الوفاء، وإن كان لا يوجد ما يمنع الحامل من أن يقدم الكمبيالة المستحقة الأداء بمجرد الاطلاع للقبول، خاصة إن كان يرغب في تداولها لأسباب ذاتية[5].

ويجوز للحامل أن يستعمل حقه في تقديم هذه الكمبيالة للوفاء بدءا من تاريخ الاصدار أو السحب، بل يمكن للحامل إن اقتضت مصلحته ذلك، أن يقدمها للوفاء في يوم الاصدار أو السحب ذاته، دون أن يتوقف ذلك على إعلام مسبق بيوم التقديم يوجه إلى المسحوب عليه ؛ إلا أن القانون أوجب أن تقدم الكمبيالة المستحقة الأداء بمجرد الاطلاع داخل سنة على أبعد تقدير، تحسب ابتداء من تاريخ تحريرها (الفقرة الأولى من المادة 182 من قانون التجارة الجديد) ؛ وإن كان يجوز للساحب تقصير هذه المدة أو إطالتها، وللمظهرين تقصيرها فقط، حيث يسري أثر التقصير على المظهر الذي وضعه دون غيره من المظهرين[6].

5. راجع ما سبق، وموقفنا صفحة 67 إلى 70 من هذا الكتاب.

6. خلافا للقانون المصري، الذي يجيز للمظهرين الإطالة والتقصير معا ؛ طه الفقرة 183. ويلاحظ أن أجل السنة كامل، بحيث لا يدخل في الحساب اليوم الأول ولا الأخير (المادة 231 ف1).

ويسوغ للساحب أن يشترط عدم تقديم الكمبيالة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع قبل انقضاء أو مضي أجل معلوم أو معين، ويحسب في هذه الحالة ميعاد أو تاريخ التقديم ابتداء من هذا الأجل (المادة 182 ف 2) لا من تاريخ الإصدار أو السحب، ولا يمكن أن نقول بأن هذا الأجل يجعل تاريخ الاستحقاق محددا بيوم معين لبقاء الحق للحامل في أن يقدم الكمبيالة في التاريخ الذي يريد بعد انتهاء هذا الأجل.

ويفقد الحامل حق مقاضاة باقي الضامنين الموقعين إن فوَّت على نفسه مدة السنة ؛ باعتباره يصبح حاملا مهملا، وبمعنى آخر، يترتب على إهمال أجل السنة، تقلص مدى الضمان، بحيث يقتصر حق المقاضاة أو الرجوع في مثل هذه الأحوال على المسحوب عليه القابل، وضامنه الاحتياطي (المادة 206 من قانون التجارة الجديد) وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، لأن ضمانه من النظام العام (المادة 165 من قانون التجارة الجديد)، أما إذا قدمت الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع قبل مضي الأجل الاتفاقي أو القانوني (المنصوص عليه في الفقرة الأولى والثانية من المادة 182 تجاري)، كان من حق المسحوب عليه أن يرفضها، وما كان للحامل أن يقاضي أو يرجع في هذه الحالة على باقي الضامنين الموقعين.

ونعتقد مع كثير من الفقهاء، أن مدة السنة مدة طويلة، قد تضر بمصالح بعض الأطراف، على الرغم من أن التشريع فتح باب الإطالة والتقصير، وبعبارته النقص والزيادة، وبعبارة ثانية، كنا نفضل مدة قصيرة حاسمة على هذه المدة الطويلة القابلة للتقصير أو الإطالة من طرف الساحب، والتقصير من طرف المظهرين[7] ؛ إلا أن التشريع الجديد، حافظ بدوره على ما كان سائدا في القانون القديم المنسوخ.

وربما قد تكون هذه الانتقادات هي التي دفعت القانون المصري، إلى أن يتخذ مددا مختلفة تتراوح ما بين ستة أشهر، أو ثمانية، أو سنة حسب المسافة بين مكان السحب ومكان الدفع (المادة 160 تجاري مصري)[8]، ولم تكن هذه المدة تتجاوز في القانون التجاري الفرنسي القديم مدة ثلاثة أشهر (الفصل 160 قديم)[9].

7. وقد انتقد فعلا نهاد السباعي والأنطاكي، تحديد تاريخ الاستحقاق «بمجرد الاطلاع» في قولتهما التالية : «إذا ذكر في السفتجة أن ميعاد استحقاقها يتعين بتاريخ الاطلاع عليها، فإن الساحب يكون قد ترك أمر تعيين موعد حلول الأجل لمشيئة الحامل، وهذا أمر غير مستحسن بالنسبة للمظهرين، وسائر الضامنين، لأنه يقضي عليهم بالبقاء في حال من الإرتباك والقلق طوال مدة التقديم».
المرجع السابق، فقرة 620.

8. طه المرجع السابق، فقرة 183.

9. شوفو بول : المرجع السابق صفحة 119، فقرة 184.

ثانيا : الكمبيالة أو السفتجة الواجبة الاستحقاق بعد مدة من الاطلاع :

وضع المشرع شكلا ثانيا لتحديد ميعاد أو تاريخ الاستحقاق، يتجسم في سحب كمبيالة أو سفتجة تكون مستحقة الأداء أو الوفاء بعد مدة من الاطلاع، كان يقال ادفع مقابل هذه الكمبيالة ثلاثة آلاف درهم، بعد عشرة أيام، أو أسبوع، أو شهر أو نصف شهر من الاطلاع (المادة 182 من قانون التجارة الجديد).

ويختلف شكل تاريخ الاستحقاق هذا عن تاريخ الاستحقاق بمجرد الاطلاع، في أن الكمبيالة لا تكون واجبة الدفع عند التقديم الأول، وإنما لا تكون كذلك إلا بعد مدة من هذا التقديم.

ويزيح هذا الشكل من أشكال تاريخ الاستحقاق شبح المفاجأة عن التجار : كما يتيح هذا الإعلام المسبق، الناتج عن التقديم الأول اللازم لحساب مدة أو تاريخ الاستحقاق فرصة للتدبر والاستعداد للوفاء بالمبلغ في تاريخ الاستحقاق، أو مطالبة الساحب بتقديم مقابل الوفاء، إن لم يكن قد قام بتقديمه بعد.

ويبدأ حساب تاريخ الاستحقاق بيوم قبول المسحوب عليه، فإن رفض هذا الأخير قبول الكمبيالة، بدأ الحساب أو العد من يوم الاحتجاج أو ابروتستو عدم القبول «protêt» (وفقا للفقرة الثالثة من المادة 182 من قانون التجارة الجديد)، ولا يدخل في الحساب يوم القبول أو يوم الاحتجاج أو البروتستو (الفقرة الأولى من المادة 231 من قانون التجارة الجديد)[10]. فإن كانت الكمبيالة تحمل شرط «الرجوع دون مصاريف» بدأ الحساب من تاريخ التقديم، الذي يمكن إثباته بكافة الوسائل.

وينبغي أن يكون القبول في هذه الحالة مؤرخا، لما له من أهمية قصوى في عملية حساب تاريخ الاستحقاق، ولكن ما العمل إن رفض المسحوب عليه وضع تاريخ لقبوله أو نسي ذلك، كان للحامل الحق في إقامة محضر الاحتجاج أو البروتستو لمعاينة الرفض أو النسيان، وإثبات تاريخ القبول، فإن لم تتبع هذه الإجراءات، اعتبر القبول غير المؤرخ صادرا عن القابل في آخر يوم من الأجل المضروب لتقديم الكمبيالة للقبول إن كان هناك أجل. (الفقرة الثانية من المادة 174، والرابعة من المادة 182 من قانون التجارة الجديد)، وتعتبر هذه القرينة القانونية قطعية بالنسبة

10. التي جاء فيها : «لا يدخل اليوم الأول ولا الأخير ضمن الآجال القانونية أو الاتفاقية».

للقابل الذي لا يمكنه أن يثبت عكسها أبدا[11].

ويجب أن تقدم هذه الكمبيالة بدورها للقبول داخل سنة من تاريخ تحريرها، وإلا فقد الحامل حقه في الرجوع أو مقاضاة باقي الضامنين الموقعين، عدا المسحوب عليه القابل، وضامنه الاحتياطي، والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، وضامنه الاحتياطي، ويمكن للساحب كذلك، أن يقصر أجل السنة أو أن يطيله، أما المظهرون فلا يمكن لهم سوى أن يقصروا هذه الآجال (الفقرة السادسة والسابعة والثامنة من المادة 174 من قانون التجارة الجديد).

ويجوز للساحب أن يشترط، حتى في هذه الكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع، تقديمها للقبول خلال أجل معين تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 174 من قانون التجارة الجديد. التي جاء فيها : «يجوز للساحب أن يشترط في كل كمبيالة وجوب تقديمها للقبول مع تعيين أجل لذلك أو بدونه».

وتسري على الكمبيالة المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع قواعد كيفية حساب الآجال «Régles de computation des délais» الخاصة بالكمبيالة الواجبة الاستحقاق بعد مدة من تاريخ التحرير، وتلك الواجبة الدفع في تاريخ محدد بيوم معين، مما يدفعنا إلى معالجة هذه المسألة معالجة مستقلة تنطبق على جميع الحالات.

ثالثا : الكمبيالة المستحقة بعد مدة من تاريخ التحرير :

وضع المشرع شكلا ثالثا لتحديد تاريخ أو ميعاد الاستحقاق، ويتمثل هذا الشكل في سحب كمبيالة مستحقة الوفاء بعد مدة من تاريخ إنشاء أو تحرير الكمبيالة؛ كان يقال : بعد 20 يوما، أو بعد أسبوع، أو شهر أو نصف شهر، أو بعد شهرين، أو ثلاثة أشهر من تاريخ التحرير أو الإنشاء (المادتان 181 و 182 ف5).

وتختلف الكمبيالة المستحقة الوفاء أو الأداء بعد مدة من تاريخ تحريرها عن الكمبيالة المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع، إذ يعتبر أجل استحقاق الكمبيالة الأولى محددا بصورة نهائية شأنه شأن الكمبيالة المستحقة الوفاء في تاريخ محدد بيوم معين، في حين أن تحديد تاريخ استحقاق الكمبيالة المعينة بالشكل الثاني

11. روني روبلو المرجع السابق صفحة 274، فقرة 313.

وقد نصت الفقرة 4 من المادة 182 على ما يلي : «وإذا لم يحرر احتجاج فإن القبول غير المؤرخ يعتبر بالنظر للقابل أنه قد تم في اليوم الأخير من الأجل المعين لتقديم الكمبيالة للقبول».

متوقف على إرادة الحامل، كما أن حساب ميعاد أو تاريخ استحقاق الكمبيالة الأولى يبدأ من تاريخ التحرير أو الإنشاء، أما في الكمبيالة الثانية فيبدأ الحساب أو العد من تاريخ القبول أو تاريخ الاحتجاج أو ابروتستو عدم القبول (الفقرة الثالثة من المادة 182 من قانون التجارة الجديد).

وقد تساءل الفقه حول الفائدة من تحديد تاريخ استحقاق الكمبيالة بمدة من تاريخ تحريرها، ما دام هذا التاريخ محددا أو معروفا منذ البداية أو بصورة نهائية كما هو الشأن في الكمبيالة المحدد تاريخ استحقاقها بتاريخ يوم معين ؟ وبعبارة أخرى، يرى الفقه أن الحالة الثانية تغني عن الأولى والعكس بالعكس !

ولكن نعتقد بالرغم من التقارب أو التشابه، الذي يكاد يكون تاما إن شئت بين الشكلين، فإن تحديد تاريخ أو ميعاد الاستحقاق بمدة من تاريخ التحرير، يفيدنا في حل النزاع الناشىء عن اختلاف اليومية الجاري بها العمل في كل من دولة الإصدار أو التحرير ودولة الوفاء، كأن تكون الدولة الأولى مثلا تأخذ بالتقويم الهجري، والثانية بالتقويم الميلادي.

وحل التشريع المغربي فعلا هذا التنازع بإرجاع تاريخ الإصدار إلى اليوم المقابل في يومية بلد الوفاء، ويحدد أجل أو تاريخ الاستحقاق طبقا لذلك (الفقرة الثانية من المادة 183)[12] ؛ وكل ذلك ما لم يقع الاتفاق على خلافه (الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة 183).

رابعا : الكمبيالة الواجبة الاستحقاق في تاريخ محدد بيوم معين:

وضع المشرع شكلا رابعا لتحديد أجل أو تاريخ الاستحقاق، وهو أن تكون الكمبيالة مستحقة الوفاء في تاريخ معين (الفقرة الخامسة من المادة 181 من قانون التجارة الجديد) كأن يقال : «ادفع مقابل هذه الكمبيالة ثلاثة آلاف درهم بتاريخ 5 مارس 1984».

ويعتبر شكل التعيين أو التحديد هذا من أبسط الطرق، وأكثرها شيوعا، وضبطا، ويسير عليه السواد الأعظم من التجار وغير التجار.

12. فإذا كان تاريخ الاصدار بالهجري يرجع إلى ما يقابله بالميلادي مثلا.

ولا يوجد ما يمنع من تحديد هذا التاريخ بنهاية الشهر أو بأوله أو وسطه أو غيره (المادة 182).

والخلاصة، لا يمكن وضع تحديد بشكل يخالف الأشكال الأربعة التي وضعها المشرع، فإن حدث أن وقع ذلك، أو اشتملت الكمبيالة على مواعيد أو آجال متعاقبة كانت باطلة (الفقرة الأخيرة من المادة 181)، على خلاف ما يجري به العمل في القانون الإسباني الذي لا يأخذ بقانون جنيف الموحد، وفي القانون الأنجليزي، والأمريكي اللذين يأخذان بطرق عرفية خاصة، وبالآجال أو المواعيد المتعاقبة[13]، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية، التي سبق الكلام عنها.

خامسا : القواعد الخاصة بحساب الآجال، وتأثير العطل الرسمية واختلاف اليوميات عليه :

نظم قانون الصرف تاريخ الاستحقاق، الذي يؤدي دورا هاما في حياة الكمبيالة والائتمان، تنظيما دقيقا (في المواد 181 و 182 و 183 و 186 و 229 و 230 و 231).

ولقد عمدت 182 إلى بيان مفهوم بعض ألفاظ الحساب كالشهر، ونصف الشهر، وخمسة عشر يوما. وتناولت المادة 183 مسألة اختلاف يومية مكان الإصدار عن يومية مكان الوفاء في الكمبيالة ذات الطابع الدولي، وحرمت المادة 231 نظرة التجار إلى ميسرة. وتعرضت المادة 186 إلى الوفاء قبل تاريخ الاستحقاق ونتائجه القانونية. والمادة 229 و 230 إلى مسألة العطل.

ويكون من النافع أن نشير إلى هذه الإشكاليات ولو في عجالة هي التالية :

1- يتخذ حساب آجال الاستحقاق أشكالا وشكليات هي :

أ- يقع استحقاق الكمبيالة، إذا كانت مستحقة بعد شهر أو عدة شهور من تاريخ تحريرها أو إصدارها أو من الاطلاع، في مثل هذا التاريخ من الشهر الذي يجب الوفاء فيه (الفقرة الخامسة من 182)، فإذا كانت مستحقة بعد شهر من تاريخ التحرير أو الإصدار، وكان السحب في 10 يناير تستحق في 10 فبراير، وان كانت مستحقة بعد شهرين كان تاريخ الاستحقاق في 10 مارس. أما ان كان الاستحقاق ثلاثة أشهر من تاريخ التحرير والاصدار، وسحبت في فاتح يناير كان الاستحقاق فاتح أبريل، دون أن يدخل في الاعتبار أن شهر فبراير لا يتألف سوى من 28 يوما فحسب.

13. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 275 و 276 فقرة 316.

وإذا لم يوجد مقابل لذلك التاريخ في الشهر الذي يجب الوفاء فيه، وقع الاستحقاق في اليوم الأخير من ذلك الشهر (الفقرة الخامسة من المادة 182 تجاري)، فإذا كانت الكمبيالة مستحقة بعد شهر من تاريخ التحرير أو الاصدار، وحررت في 31 مارس كان الاستحقاق في 30 أبريل، وإن كان الأجل ثلاثة أشهر، وسحبت في 30 نونبر كان الاستحقاق في 28 أو 29 (حسب الأحوال لأن شهر فبراير يتألف سنة من 28 وأخرى 29) فبراير.

ب- يقع بدء الحساب إذا كانت مستحقة لشهر ونصف أو لعدة شهور ونصف من تاريخ التحرير، أو من تاريخ الاطلاع بالشهور الكاملة (الفقرة السادسة من المادة 182 من القانون الجديد) مثلا يكون شهر يناير 31 يوما، وفبراير 28 (أو 29 حسب الأحوال) يوما، وأبريل 30 يوما، وتحدد عبارة نصف الشهر بخمسة عشر يوما.

فإذا كان الاستحقاق شهر ونصف من تاريخ التحرير، وسحبت في أول يناير، يكون الاستحقاق في 16 فبراير.

ج- يقصد بالاستحقاق في أول الشهر أو في نصفه أو في آخره، اليوم الأول أو اليوم الخامس عشر أو اليوم الأخير من الشهر، كان يقال مثلا في نصف شهر يناير أو في نصف شهر يبراير (الفقرة 7 من المادة 182).

د- لا يُعْنى بعبارة ثمانية أيام أو خمسة عشر يوما، أسبوعا أو أسبوعين، وإنما يقصد بهما ثمانية أيام أو خمسة عشر يوما بالفعل (الفقرة 8 من المادة 182).

هـ- يقصد بعبارة نصف شهر خمسة عشر يوما لا زيادة ولا نقصان (الفقرة 9 من المادة 182).

و- لا يدخل يوم التحرير أو السحب - الاصدار - ولا اليوم الأخير في حساب ميعاد أو تاريخ الاستحقاق تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 231 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «لا يدخل اليوم الأول ولا الأخير ضمن الآجال القانونية أوالاتفاقية»، فإذا كان تاريخ الاستحقاق 90 يوما أو 30 يوما أو 120 يوما كان الأجل كاملا[14] ؛ أي يكون الاستحقاق بعد آخر يوم من هذه الأيام، وبعبارة أخرى، فإذا

14. انسجاما كذلك مع قواعد قانون المسطرة المدنية، حيث نصت المادة 512 على مايلي : «تكون جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة، فلا يحسب اليوم الذي يتم فيه تسليم الاستدعاء أو التبليغ أو الانذار أو أي إجراء آخر للشخص نفسه أو لموطنه ولا اليوم الأخير الذي تنتهي فيه ...»

كانت الكمبيالة واجبة الدفع بعد عشرة أيام من تاريخ تحريرها، وحررت يوم 1997/1/3 كان تاريخ الاستحقاق هو 1997/1/14، بحيث لم يقع لا حساب اليوم الأول ولا الأخير.

ويلاحظ، أن الفقرة الأولى من المادة 231 أدخلت تعديلا هاما على المادة 73 من قانون جنيف الموحد، والفقرة الثانية من المادة 191 من القانون التجاري المغربي القديم المنسوخ، التي كانت تكتفي بالإشارة إلى عدم إدخال اليوم الأول فحسب، إذ جاء فيها «... لا يدخل ضمن الآجال القانونية أو الاتفاقية يوم ابتدائها».

2- تحسب ضمن الشهور وأنصافها أيام العطل، إلا أنه إذا صادف آخر أجل الاستحقاق يوم عطلة رسمية أو قانونية، توجب تأخير المطالبة بوفائها إلى أول يوم عمل تال أو موال، ويرتب الأثر نفسه على الإجراءات الأخرى، المتعلقة بالكمبيالة، لاسيما تقديمها للقبول أو إقامة الاحتجاج (المادة 229 من قانون التجارة الجديد)[15].

ويختلف القانون المغربي مع القانون المصري في هذه المسألة، إذ تنص المادة 132 من هذا الأخير على الأخذ باليوم الذي قبل يوم الاستحقاق، إن صادف أجل الاستحقاق يوم عطلة رسمية.

3- يلتزم الحامل في قانون الصرف - على خلاف قواعد القانون العادي - بتقديم الكمبيالة للوفاء في تاريخ الاستحقاق بالذات، وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له (المادة 184 ف1). كما يمكن أن يسقط في بعض الحالات، حق الحامل في الضمان إن فوت عن نفسه فرصة الوفاء في الأجل القانوني، كحالة عدم تقديم الكمبيالة الواجبة الوفاء بمجرد الاطلاع، أو بعد مدة من الاطلاع في الأجل القانوني المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 182 -ظرف سنة من تاريخ التحرير-، وفي الفقرة السادسة من المادة 174، ولا يسقط حق الضمان هذا، -في غير هاته الحالات- إن قام الحامل بإعداد احتجاج عدم الوفاء في الأجل القانوني الذي سوف نراه عند الكلام عن الوفاء.

ويبقى في كل الأحوال للمتضرر من تقاعس الحامل، أن يطالبه بإصلاح ما لحق به من الأضرار وفقا لقواعد نظام المسؤولية التقصيرية.

15. وتدخل في حكم أيام العطل القانونية الأيام التي لا يجوز فيها طبقا لمقتضيات قانونية خاصة إجراء أية مطالبة بالوفاء أو إقامة أي احتجاج (المادة 230).

وينبـغي أن يراعى في تطبيق هذه القـواعـد حـالة القـوة القـاهرة، التي يكون من شأنها تبرير تمديد الآجال (المادة 207 من قانون التجارة الجديد).

4- لا يجبر حامل الكمبيالة على استلام قيمتها قبل أجل أو ميعاد الاستحقاق، فإن وفى المسحوب عليه قبل تاريخ الاستحقاق تحمل تبعة ذلك الوفاء، أما إن وفى في أجل أو مـيعـاد الاسـتحـقاق برئت ذمتـه، مـا لم يكن الوفاء قـد وقع عن طريق الغش أو خطأ جسيم (المادة 186).

5- لا يمكن أن ينظر المدين بالكمبيالة نظرة إلى ميسرة، على خلاف قواعد القانون العادي، وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 231 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207» وتتعلق المادة الأولى بحالتي التسوية والتصفية القضائية، والثانية بالقوة القاهرة.

6- رجح المشرع، فيما يتعلق بالكمبيالة ذات الطابع الدولي – كما هو الشأن في قانون جنيف الموحد – مكان الوفاء على مكان الاصدار لحل النزاعات الناشئة عن الخلاف ما بين يومية الاصدار أو التحرير، ويومية مكان الوفاء. (المادة 183) :

أ- يعتبر تاريخ الاستحقاق معينا وفقا ليومية مكان الوفاء إذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين، وكانت اليومية المعمول بها في مكان الوفاء، تختلف عن اليومية المعمول بها في مكان الإصدار.

ب- يجب إرجاع تاريخ الإصدار إلى اليوم المقابل في يومية بلد الوفاء، وتحديد أجل أو مـيعـاد الاسـتحـقاق على ضـوئه، إذا سـحبت الكمبيالة بين بلدين مختلفي اليومية، وكانت هذه الكمبيالة مستحقة الوفاء بعد مدة تاريخها.

تطبق هذه القـواعـد مـا لم يظهـر من الشـروط المـدرجـة في الكمـبـيـالة، أو من بياناتها أن القصد يتجه إلى خلاف ذلك.

المبحث الثاني

التقديم والوفاء

«la présentation et le paiement»

ويكون من المفيد أن نقسم هذا المبحث الثاني إلى بندين مستقلين، حتى وإن صَعُبَ فك الارتباط بينهما، نخصص الأول للتقديم والثاني للوفاء.

البند الأول

التقديم

«la présentation»

يحـرص المـشـرع على غـرار القـانون المـوحـد أن يكون الوفـاء في تاريخ الاسـتـحـقـاق، لا قـبله، ولا بعـده، لمـا ينشـأ عن الحـالين من أخطار، ومنافـاة لمـبـدأ الانضباط. وضبط الحسابات التجارية في أوقاتها.

ويقصد بالوفاء دفع أو أداء المبلغ الثابت في السفتجة في تاريخ الاستحقاق. ويبرىء هذا الوفاء إن كان بصفة قانونية ذمة المسحوب عليه، سواء كان الدفع أوالأداء بالنقود، أو بواسطة شيك مصرفي، أو بريدي، أو شيك على الخزينة العامة، أو عن طريق تحـويل مـصـرفي، أي نقل القـيـمـة أو المـبلغ من حـسـاب إلـى آخر «Mandats de virement» (المـادة 198[16]) من قـانون التـجارة الجـديد، والمـواد 519 إلى 523 بدخول الغاية).

ويلتزم الحامل بأن يقدم الكمبيالة إلى المسحوب عليه للوفاء في يوم الاستحقاق بالذات ؛ وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له، إن لم يكن يوم الاستحقاق يوم عمل. فإن لم يفعل اعتبر حاملا مهملا في الحدود التي رأيناها سابقا، ويقع على عاتق الحامل هذا الالتزام، سواء كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين، أو بعد مدة

16. الذي جاء في فقرتها الأولى : «إذا رضي الحامل بتسلم شيك على سبيل الوفاء، وجب أن يعين في هذا الشيك عدد الكمبيالات الموفاة بهذه الكيفية، وتاريخ استحقاقها ....».

من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع (المادة 184 ف1)[17].

ولقد أكد القضاء المغربي هذا المبدأ، ذاهبا إلى أنه : «إذا كان من الصحيح والأكيد، أن الحامل الذي لم يحترم أجل التقديم للحصول على المبلغ الثابت في السفتجة وفقا لما نصت عليه المادة 151 من القانون التجاري، يفقد حقه في متابعة أو مقاضاة المظهرين، فإنه يحافظ على كل حقوقه إزاء المسحوب عليه[18].

وإذا كان تقديم الكمبيالة للأداء في تاريخ الاستحقاق واجبا ؛ وتترتب عن التقديم وعن عدم التقديم نتائج هامة وعواقب خطيرة، فانه ليس صحيحا، كما جاء في الحكم أعلاه، ان الحامل المهمل يفقد حقه في الرجوع على المظهرين لمجرد عدم التقديم، إذ يبقى أمامه في أغلب الأحوال إقامة احتجاج عدم الوفاء في أجله القانوني، الذي يترتب عن إغفاله أو إهماله وحده سقوط حق الحامل في الرجوع على المظهرين وعلى الساحب الذي قدم مقابل الوفاء (المادة 206 من قانون التجارة الجديد، المقابلة للمادة 169 من القانون القديم الملغى)، وكل ذلك بطبيعة الحال ما لم تكن الكمبيالة مستحقة بعد مدة من الاطلاع أو بمجرد الاطلاع، أو تحمل شرط الرجوع بلا مصاريف[19]. وبمعنى آخر، أن عدم التقديم لا يجعل الحامل مهملا إلا في هذه الحالات الثلاث الأخيرة، فعلى على الحالة الأولى يتوقف تحديد تاريخ الاستحقاق، وعلى الثانية الوفاء أو الأداء، وأن الكمبيالة المستحقة بعدة مدة من الاطلاع -زيادة على وجوب تقديمها للقبول في ظرف سنة من تاريخها (المادة 174) أو للوفاء داخل سنة من تاريخها إن كانت واجبة الاستحقاق بمجرد اطلاع (المادة 182)- وان «شرط الرجوع بلا مصاريف» أو «بدون احتجاج» وما يماثلهما في الثالثة يعفي الحامل من إقامة احتجاج عدم الوفاء، ولكن هذا الشرط الأخير لا يعفي حامل الكمبيالة من تقديمها داخل الآجال المعينة ولا من الإعلامات الواجب عليه توجيهها (المادة 200 من

17. لقد كانت الكمبيالة في القانون القديم المنسوخ واجبة التقديم يوم الاستحقاق بالذات، أو في إحدى يومي العمل التاليين له (المادة 151).

ولا يدخل في حساب الخمسة أيام الموالية لتاريخ الاستحقاق اليوم الأول ولا الأخير كذلك (المادة 213 ف 1) فإن كان تاريخ الاستحقاق يوم الاثنين 2 مارس 1997 كان يوم 10 مارس 1997 هو آخر أجل للتقديم لأن السبت 7 والأحد 8 يوما عطلة (وكذلك المادة 229 و 230 تجاري).

18. صدر هذا الحكم عن محكمة الاستئناف – في ظل القانون القديم المنسوخ – بالرباط في 6 يونيو 1958، ونشر في فاتح نوفمبر 1958، صفحة 415، ويعتبر هذا الحكم تأييدا للحكم الابتدائي الصادر عن محاكم البيضاء في 14 مارس 1957.

19. راجع كذلك جانتان : المرجع السابق، صفحة 195، فقرة 360.

قانون التجارة الجديد)، وتراعى كذلك الفقرة الرابعة من المادة 197 من قانون التجارة الجديد التي تجعل احتجاج عدم القبول يغني عن تقديم الكمبيالة للوفاء، وعن احتجاج عدم الوفاء.

أما المسحوب عليه القابل، المدين الرئيسي من الدرجة الأولى في الكمبيالة، وضامنه الاحتياطي، فلا يمكن لهما الدفع ضد الحامل لا بالتأخير في إنجاز التقديم، ولا بالإهمال -حامل مهمل- لعدم إعداد محضر احتجاج عدم الوفاء في أجله القانوني وذلك لأن المادة 206 من قانون التجارة الجديد استثنت المسحوب عليه للاعتبارات أعلاه، من الاستفادة من سقوط دعوى الرجوع، وذلك طبقا للفقرة الأولى التي جاء فيها : «يسقط حق الحامل بالرجوع على المظهرين والساحب، وبقية الملتزمين باستثناء القابل بعد انصرام الآجال المحددة...»، ولأن الضامن الاحتياطي هو الآخر يلتزم بالكيفية التي يلتزم بها المضمون (المادة 180 ف7).

ولكل الأسباب السابقة استقر رأي الفقه والقضاء على أن تقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه للوفاء أو الأداء يعتبر التزاما وواجبا يقع على عاتق الحامل ؛ ويرجع هذا الالتزام أولا إلى القاعدة السائدة القائلة ؛ أن دين الكمبيالة يُطلب ولا يحمل «la lettre de change est quérable et non portable»[20] وثانيا إلى كون المسحوب عليه لا يعرف الشخص الذي ستنتهي إليه الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق ؛ فإن لم يفعل الحامل ذلك وفي الأجل القانوني كان مهملا.

إن تقديم الكمبيالة للأداء في تاريخ الاستحقاق وإن كان ذا طابع إلزامي، فهو ليس من النظام العام، إذ يسوغ للحامل والمسحوب عليه أن يتفقا عن تمديد أجل الاستحقاق بإدراج بيان اختياري على ذات الكمبيالة يجيز ذلك، ولا يمس أثر هذا البيان إلا الأطراف المتفقة عليه، ماعدا الضامن الاحتياطي، الذي يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون (المادة 180 ف7)، وقد يأخذ التمديد شكل سحب كمبيالة جديدة تجديدا للأولى[21] ؛ وقد يأتي هذا التمديد نتيجة لمقتضيات قانونية كالمادة 182 ف 1 من قانون التجارة الجديد، التي تجعل الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع واجبة الوفاء عند تقديمها، ويجب تقديمها في ظرف سنة من تاريخ تحريرها، ويجوز للساحب أن ينقص من هذا الأجل أو يزيد فيه، ويجوز للمظهرين أن ينقصوا من هذه الآجال فقط ؛ وقد يكون هذا التمديد قانونيا وتلقائيا أو مباشرا أيضا ان

20. ليسكو وروبلو : الأوراق التجارية، الجزء الثاني 1953 ص 2 ، بند 566.

21. جانتان : المرجع السابق، صفحة 194 و 195، فقرة 359.

صادف تاريخ الاستحقاق أو القيام بالإجراءات يوم عطلة قانونية (المادتان 229 و 230 من قانون التجارة الجديد)، وقد تفرض التمديد حالة القوة القاهرة (المادة 207 من قانون التجارة الجديد).

البند الثاني

الوفـــاء

«le paiement»

ولا تسوغ المطالبة بالوفاء إلا من قبل الحامل الشرعي للكمبيالة، ولا يجوز الوفاء كذلك إلا للحامل الشرعي. ويكون الحامل شرعيا إذا أثبت حقه بواسطة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات، ولو كان التظهير الأخير على بياض (المادة 170 من قانون التجارة الجديد)[22].

ويجوز للمسحوب عليه التأكد من صحة الكمبيالة وسلامة التظهيرات وقانونيتها وتسلسلها، دون أن يرقى ذلك إلى التأكد أو فحص التوقيعات التي لا تلزم إلا أطرافها، وكل ذلك تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 186 التي جاء فيها «... ومن وفى في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم. ويلزم بالتحقق من انتظام تسلسل التظهيرات ولكنه لا يلزم لفحص توقيعات المظهرين».

وحكم المجلس الأعلى -القرار عدد 572- بتاريخ 12 أكتوبر 1977 بأنه : «**1** - تكون المحكمة على صواب عندما ترفض الأمر بإجراء خبرة لتحقيق توقيع المظهر للكمبيالة. لأن المدعى عليه في الكمبيالة من حقه أن يتحقق من تسلسل التظهيرات للتأكد من أن المدعي هو الحامل للكمبيالة دون فحص توقيعات المظهرين.

2 - الاحتجاج بعدم إجراء البروتيستو لا يمكن التمسك به إلا إذا أقيمت الدعوى على الضامن، أما عند إقامة الدعوى على المسحوب عليه أي المدين الأصلي

22. وقد نصت هذه المادة على ما يلي :
«يعتبر حائز الكمبيالة الحامل الشرعي لها إذا أثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان التظهير الأخير على بياض. وتعتبر في هذا الشأن التظهيرات المشطب عليها كان لم توجد، ومتى كان التظهير على بياض متبوعا بتظهير آخر، اعتبر الموقع على هذا التظهير الأخير مكتسبا للكمبيالة بموجب التظهير على بياض ؛
وإذا فقد شخص حيازة الكمبيالة لأي حادث كان، لا يلزم حاملها بالتخلي عنها متى أثبت حقه فيها بموجب الأحكام المبينة في الفقرة السابقة ما لم يكن قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيما».

فإنه ليس من اللازم القيام بهذا الإجراء»[23].

وإذا حدث أن وقع الوفاء أو الأداء لحامل غير شرعي، فإن الموفي قد يُرغم على الوفاء مرة ثانية للحامل الشرعي أو ممثله إن كان الحامل مثلا ناقص الأهلية.

وقضى المجلس الأعلى تطبيقا لهذا القواعد، بتاريخ 21 أبريل 1976، ان تظهير الكمبيالة ينقل إلى المظهر له جميع الحقوق الناجمة عنها. المسحوب عليه بقبوله الكمبيالة يلتزم التزاما صرفيا بأداء قيمتها بين يدي الحامل الشرعي لها. الوفاء لغير الحامل لا يبرىء ذمة المدين إزاء الحامل[23 مكرر].

ويختلف التقديم للوفاء، تبعا لذلك عن التقديم للقبول الذي يجوز أن يقع من الحامل الشرعي أو من مجرد الحائز للكمبيالة (المادة 174 ف1)، ويمكن للحامل الشرعي أن يعين في الكمبيالة وكيلا لاستخلاص المبلغ نيابة عنه، ويتم ذلك الأمر بسهولة وبساطة عن طريق التظهير التوكيلي (المادة 172 من قانون التجارة الجديد)، وقد يتم الاستخلاص أيضا، عن طريق الحامل الدائن المرتهن إن كان التظهير تأمينيا حيث يملك هذا الأخير ممارسة جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة (المادة 172 كذلك).

ويعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء (المادة 184 ف3)، خاصة أن المادة 18 من قانون التجارة الجديد تفرض على كل تاجر، لأغراضه التجارية، أن يفتح حسابا في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية، وأن المادة 306 من قانون التجارة الجديد توجب على التجار أن يقع الوفاء بينهم في المعاملات التجارية بشيك مسطر أو بتحويل إذا زاد المبلغ عن عشرة الاف درهم. وتعاقب على عدم مراعاة هذه المقتضيات بغرامة لا يقل مبلغها عن ستة في المائة من المبلغ الموفى، ويسأل كل من الدائن والمدين عن هذه الغرامة على وجه التضامن.

ويتميز الوفاء أو الأداء بمميزات هامة، يتعلق بعضها بأجل الأداء، ومكانه وصحته نوجزها فيمايلي :

23. الغرفة الأولى – المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 4 سنة 1978 صفحة 115.

23 مكرر. القرار عدد 219 (الغرفة المدنية – قضاء المجلس الأعلى عدد 25 - 1980 صفحة 88 و92. وكذلك لائحة الأحكام السابقة صفحة 26.

1- يجب أن تقدم الكمبيالة إلى المسحوب عليه قصد الوفاء في أجل أو يوم الاستحقاق بالذات، أو في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له متى كانت هاته الأخيرة مستحقة الوفاء في يوم معين، أو بعد مدة من تاريخها أو بعد مدة من تاريخ الاطلاع (المادة 184 ف 1).

ويتضح من صياغة النص ومضمونه، أن إمهال الخمسة أيام، لا يسري أو يشمل الكمبيالة المستحقة بمجرد الاطلاع، لأنها وإن كانت واجبة الوفاء بمجرد التقديم، فإن هذا التقديم يمكن أن يقع في ظرف سنة من تاريخ تحريرها (المادة 182 من قانون التجارة الجديد).

ولا يجوز للقاضي أن يمنح أو ينظر المسحوب عليه أو باقي الموقعين نظرة إلى ميسرة وفقا للفقرة الثانية من المادة 231 التي نصت على أنه : «لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207»[24].

وتعارض هذه القاعدة الصرفية، القاعدة العادية الواردة في الفقرة الثانية من المادة 243 من قانون الالتزامات والعقود -بعد تعديل 18 مارس 1917- التي جاءت فيها نظرة المدين إلى ميسرة، إذ نصت على أنه : «... ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها .....».

ويثور التساؤل حول ما إذا كان من حق المدين المسحوب عليه وباقي الموقعين أن يطلبوا مهلة للوفاء طبقا للمادة 165 من قانون المسطرة المدنية، وأن يمنحهم القاضي هذا الإمهال أو نظرة إلى ميسرة، إن لجأ الحامل إلى مسطرة الأمر بالأداء «la procédure d'injonction»، المنصوص عليها في الباب الثالث من القسم الرابع المتعلق بالمساطر الخاصة بالاستعجال ومسطرة الأمر بالأداء. هذه المادة التي جاء فيها : «يمكن أن ينص الأمر والقرار على منح أجل لصالح المدين للوفاء بالدين المحكوم به عليه».

إن من حق الحامل الشرعي أن يلجأ إلى مسطرة الأمر بالأداء، إن كان مبلغ الكمبيالة يتجاوز ألف درهم (1000,00 درهم) طبقا للمادة 155 من قانون المسطرة المدنية التي جاء فيها : «يمكن إجراء مسطرة الأمر بالأداء في كل طلب تأدية مبلغ

24. تتعلق الأولى بحالة التسوية والتصفية القضائية -نظام معالجة صعوبات المقاولة المواد 545 إلى 732- (المادة 207). والثانية بالقوة القاهرة.

مالي يتجاوز ألف درهم، مستحق بموجب سند أو اعتراف بدين حسب الشروط الآتية».

فإذا استعمل الحامل فعلا حقه في مسطرة الأمر بالأداء، وعمد المسحوب عليه إلى طلب أجل للوفاء من القاضي مستغلا الإمكانية التي تمنحها له المادة 165 ماذا عسى هذا الأخير أن يفعل ؟

قد يدعو البعض إلى التفرقة بين ما إذا كانت النازلة تتعلق بكمبيالة أو سند إذني أو شيك، أو كان السند من نوع آخر ! فإن تعلق الأمر بالأوراق التجارية، حُرِم على القاضي إعطاء أي إمهال، أو نظرة إلى ميسرة، تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 231 من قانون الصرف الخاصة بالكمبيالة، والفقرة 12 والأخيرة من المادة 234، من قانون الصرف الخاصة بالسند الأذني، والمادة 304 من قانون التجارة الجديد المتعلقة بالشيك والتي لا تستثني سوى الحالة المنصوص عليها في المادة 291 الخاصة بحالة القوة القاهرة، أما إن تعلق الأمر بسندات أخرى جاز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالدين المحكوم به في ظل المادة 165 من قانون المسطرة المدنية.

ولكن نظن أن الأمر على خلاف ذلك، بمعنى، أن سلوك مسطرة الأمر بالأداء يستفيد منها كل مدين ولو كان مدينا بالكمبيالة أو الشيك أو السند الأذني أو غيرها من السندات. لأنها مسطرة ذات إجراءات خاصة واستعجالية، والقاعدة أن النص الخاص أولى بالتطبيق من النص العام. والأمر يتعلق هنا بالمسطرة المدنية لا بالقانون التجاري فإن لم نفعل جعلنا من القانون أداة تمييز لا أداة عدالة وانصاف، ما دامت المادة 165 من قانون المسطرة المدنية لا تفرق بين مدين بورقة تجارية أو بسند غير تجاري، ومهما كان الأمر فالامهال (المادة 165 من المسطرة) أو الأجل ليس حقا للمدين سواء كان مدينا بسند تجاري أو مدني وإنما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ويؤيد وجهة نظرنا أن قانون إحداث المحاكم التجارية عدد 53.95، الصادر عن مجلس النواب بتاريخ 6 يناير 1997 – ظهير التنفيذ رقم 1.97.65 بتاريخ 12 فبراير 1997 – الجريدة الرسمية عدد 4482 (15 مايو 1997) – لم يدخل أية تعديلات على نظام الأمر بالأداء كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية، ما عدا تعديلات جوهرية ثلاث (المادة 22) هي التالية :

أ- يختص رئيس المحكمة التجارية بالنظر في مقاولات الأمر بالأداء المبنية على الأوراق التجارية والسندات الرسمية ؛

ب- لا يوقف أجل الاستئناف والاستئناف نفسه تنفيذ الأمر بالأداء الصادر عن رئيس المحكمة ؛

ج- يمكن لمحكمة الاستئناف التجارية أن توقف التنفيذ جزئيا أو كلِّياً بقرار معلل.

ولقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط في ظل قانون المسطرة المدنية وقانون التجارة القديمين المنسوخين على خلاف رأينا، إذ جاء في قرارها عدد 4816، بتاريخ 22 مايو 1956 ما يلي «تتعطل المادة 8 من الظهير المنظم للأمر بالأداء، التي تجيز للقاضي أن يمنح أجلا استعطافيا للأداء لفائدة المدين، كلما تعلق الأمر بوفاء كمبيالة وذلك بمقتضى المادة 121 من ظهير مدونة التجارة التي لا تبيح إعطاء أي إمهال سواء كانا قانونيا أو قضائيا[24][(2)].

ويجب أن يقع الوفاء في الأصل في تاريخ الاستحقاق بالذات -على غرار ما رأينا سابقا- لا قبله ولا بعده، لما فيه من مصلحة مقررة للمدين بالكمبيالة (المسحوب عليه) والدائن بالكمبيالة (الحامل).

ولكن ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات التي تجيز للحامل أن يطالب بالوفاء قبل تاريخ الاستحقاق وهي التالية :

أ- إذا حصل امتناع كلي أو جزئي عن القبول (المادة 196 فـ2)

ب- في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو في حالة توقفه عن أداء ديونه ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم أو في حالة حجز بدون جدوى على أمواله (المادة 196 ف 2 من قانون التجارة الجديد).

ج- في حالة التسوية أو التصفية القضائية لساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول (المادة 196 فـ2)[25].

24.(2) قرارات محكمة الاستئناف بالرباط عدد 145 سنة 1957 صفحة 35، وكذلك لائحة الأحكام التي سبقت الإشارة إليها ص. 211.

25. «lettre non acceptable».

2- لا يسوغ للحامل أن يرفض الوفاء الجزئي : يعتبر هذا المبدأ من القواعد الثابتة في قانون الصرف، المؤيد بالفقرة الثانية من المادة 185 من قانون التجارة، التي جاء فيها : «لا يجوز للحامل أن يرفض وفاء جزئيا».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فلا تفرض الوفاء الجزئي على الحامل، وإنما تجعله رخصة بين يديه يقبل به أو يرفضه وذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة 73 التي جاء فيها : «لا يلزم الحامل بقبول الوفاء بجزء من قيمة الصك».

وإذا حدث أن رفض الحامل الوفاء الجزئي الذي عرض عليه، اعتبر ذلك رفضا للوفاء بالصك بأكمله (المادة 73 فـ2).

ولقد تبنى القانون الموحد هنا النظرية الألمانية لا الفرنسية التي لم تكن تجيز الوفاء الجزئي، ووفقا لما يجري به العمل أيضا في القانون العادي، وبالضبط الفقرة الأولى من المادة 243 ق.ل.ع.م. التي لا تلزم الدائن بقبول الوفاء الجزئي، ماعدا في الكمبيالات مراعاة لقانون الصرف، إذ نصت على أنه : «إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد، لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء، ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة، وذلك ما لم يتفق على خلافه إلا إذا تعلق الأمر بالكمبيالات ...».

وينسجم الوفاء الجزئي مع قانون الصرف، ويساير مصلحة الضامنين، لما فيه من تخفيف عبء الوفاء عنهم ولو جزئيا.

وإذا كان الوفاء الجزئي يبرئ ذمة المسحوب عليه أولا، والساحب والمظهر جزئيا ثانيا، فيتعين على الحامل للحفاظ على حقوقه أن يقيم احتجاج عدم الوفاء بالجزء الباقي، وإلا كان حاملا مهملا وفقد حقه في الرجوع على الساحب والمظهر وضامنيهم الاحتياطيين الذين يلتزمون بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون (المادة 180 ف7)، وهو ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة 185 التي جاء فيها : «إن المبالغ المؤداة على حساب الكمبيالة تبرئ ذمة الساحب والمظهر، ويتعين على الحامل أن يطلب إقامة احتجاج بالمبلغ الباقي».

ويكون من حق المسحوب عليه، إن رفض الحامل الوفاء الجزئي إيداع الجزء المرفوض لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية (المادة 2 و 5 من القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية المشار إليهما سابقا) الموجود موطنه في دائرتها، وذلك على نفقة وتبعة الحامل (المادة 188).

ولا يجري هذا الإيداع في حالة الوفاء الجزئي فقط بل يشمل كذلك حالة الوفاء الكلي إن لم تقدم الكمبيالة في الأجل القانوني، الذي هو، إن كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها، أو من تاريخ الاطلاع، يوم الاستحقاق بالذات أو أحد أيام العمل الخمسة الموالية له.

ولا تسري هذه القاعدة على المسحوب عليه وحده، بل على كل مدين بالكمبيالة كذلك طبقا للمادة 188[26].

أما إذا قبل الحامل الوفاء الجزئي كان من حقه أن يطالب بذكر أو إثبات هذا الوفاء على الكمبيالة وأن يسلم إليه توصيلا بما أداه (المادة 185 ف3) كما يسوغ من جهة أخرى، للمسحوب عليه الذي وفى مبلغ الكمبيالة كليا أن يطالب تسليمها إليه موقعا عليها بما يفيد الوفاء (المادة 185 ف1).

ويرى الفقه عن حق، ونؤيده في ذلك، أن التوصيل أكثر أمنا وضمانا، لأن ذكر الأداء على ذات الكمبيالة، وبقاءها بيدي الحامل يحمل بين طياته أخطار الشطب أو المحو بالمواد الكيماوية أو الخوف من حدوث ذلك على الأقل[27].

3- تقدم الكمبيالة للوفاء مبدئيا في المكان أو الموطن المذكور ضمن البيانات الإلزامية على الكمبيالة ذاتها، -الذي غالبا ما يكون بنكا- (المادة 159 ف5) فإن لم يذكر مكان الوفاء، اعتبر المكان المذكور إلى جانب المسحوب عليه هو مكان الوفاء وموطن المسحوب عليه ما لم يرد في السند خلاف ذلك.

وإذا لم يعين مكان بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكانا للوفاء المكان الذي يزاول فيه المسحوب عليه نشاطه أو موطنه، فإن لم يعين مكان للوفاء، ولم يكن هناك مكان مبين بجانب اسم المسحوب عليه، ولم يكن له مكان يزاول فيه نشاطه، ولو يكن له موطن كانت الكمبيالة باطلة (المادة 160 من قانون التجارة الجديد)، إلا أنه يستعاض عن الموطن بمحل الإقامة وإن لم يذكره النص.

ويمكن أن يعين محل مختار للوفاء «domiciliation» إن تضمنت الكمبيالة مثل هذا المحل وفقا لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 161 التي جاء فيها : «ويجوز

26. التي جاء فيها : «إذا لم تقدم الكمبيالة للوفاء داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 184، جاز لكل مدين بها إيداع مبلغها في كتابة الضبط لدى المحكمة الموجود موطنه في دائرتها وذلك على نفقة وتبعة الحامل.»

27. روني رويلو : المرجع السابق صفحة 296، بند 338.

أن تكون الكمبيالة قابلة للأداء في موطن الغير، سواء في الموطن الذي يقيم فيه المسحوب عليه أو في موطن آخر».

ولا يلزم الغير بالوفاء بالكمبيالة الموطنة لديه إلا بأمر كتابي من المسحوب عليه (المادة 184 ف2)، فإن وقع الوفاء من قبل الغير دون الأمر المكتوب، تحمل تبعة ومسؤولية ذلك.

ويمكن أن يقع الوفاء في موطن القابل بالتدخل أو الواسطة «l'accepteur par intervention» أو في موطن الموفي الاحتياطي «le recommandataire» (المواد 217 إلى 221) أو في إحدى غرف المقاصة (المادة 184 ف3) لما للمصارف في الوقت الحاضر من دور في الائتمان والتمويل والاستخلاص.

4- يجب أن يقع الوفاء في الأصل بالنقود أو العملة ليس إلا، ومن صنف النقود أو العملة المعينة على ذات الكمبيالة، وبالسعر الجاري به العمل في مكان الوفاء، سواء كان المبلغ المعين مكتوبا بالدرهم أو الفرنك الفرنسي أو السويسري، أو بالدولار أو بالجنيه الانجليزي، تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 159، التي تجعل من بيان «الأمر الناجز بأداء مبلغ معين» بيانا إلزاميا يترتب على تخلفه بطلان الكمبيالة[28].

ولا يجوز من حيث المبدأ للمسحوب عليه أن يفرض على الحامل قبول عملة أو نقود غير العملة أو النقود المعينة في الكمبيالة، ما لم يرض هذا الأخير بذلك[29] إلا أن نظام الصرف، وقانون الصرف، فرضا تنظيمات وإجراءات مرنة تتناسب مع النظام الدولي، والتبادل الدولي على الشكل التالي :

أ- إذا تضمنت الكمبيالة المبلغ بالعملة الوطنية أو المغربية نشأ في ذمة المسحوب عليه إلتزاما بالوفاء بالمبلغ المعين بالدرهم (والسنتيم) في يوم الوفاء بالسعر الجاري به العمل، مهما طرأ على قيمة العملة من تغييرات سواء كانت بالزيادة

28. وقد أكدت هذا أيضا المادة 242 من ق.ل.ع.م. التي جاء فيها :
«لا تبرأ ذمة المدين إلا بتسليم ما ورد في الالتزام قدرا وصنفا. ولا يحق له أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المستحق له كما أنه ليس له أن يؤدي الالتزام بطريقة تختلف عن الطريقة التي حددها إما السند المنشىء للالتزام أو العرف عند سكوت هذا السند».

29. قد نصت المادة 321 ف.ل.ع.م. على هذا المبدإ قائلة «وينقضي الالتزام أيضا، إذا رضي الدائن أن يأخذ استيفاء لحقه شيئا آخر، غير الشيء الذي ذكر في الالتزام، وهذا الرضى يفترض موجودا إذا أخذ الدائن، بدون تحفظ شيئا آخر غير الذي كان محلا للالتزام».

أو التخفيض خلال الفترة الفاصلة ما بين تاريخ التحرير أوالإنشاء وتاريخ الوفاء أو الأداء.

ب- إذا صدرت الكمبيالة بعملة أجنبية لا تتداول في بلد الوفاء[30] «Monnaie étangère» كان للمسحوب عليه الخيرة بين وفاء مبلغها بعملة هذا البلد حسب قيمتها يوم الاستحقاق، أو بالعملة الأجنبية المعينة على ذات الكمبيالة، كما يظهر ذلك واضحا من الفقرة الأولى من المادة 187، التي استعملت كلمة تدل على الإجازة، التي فرضها نظام الصرف الذي لم يعد حرا، بل أصبح خاضعا لتقنينات صارمة، من ضمنها رخصة الصرف.

وإذا حدث أن تراخى أو تأخر المدين عن الوفاء، كان للحامل الخيار بين المطالبة بمبلغ الكمبيالة مقوما بعملة البلد -حسب سعر عملة البلد- يوم الاستحقاق، أو المطالبة به مقوما يوم الوفاء.

ويتبع عرف بلد الوفاء في تعيين قيمة العملة الأجنبية، ومع ذلك يجوز[31] للساحب أن يشترط أن المبلغ الواجب دفعه يُحسب وفقا لسعر معين في الكمبيالة (المادة 187 ف1 و ف2 و ف3).

ولقد تأثر المشرع المغربي في أخذه بهذه المبادىء، شأنه شأن القانون الفرنسي في المادة 138 تجاري، بالمادة 41 من قانون جنيف الموحد، دون أن يستفيد لا هو ولا القانون الفرنسي من التحفظ المنصوص عليه في المادة 7 من ملحق التحفظات الثاني، الذي يجيز لكل دولة موقعة أن تتخلى أو تعفي نفسها من الوفاء بالعملة الأجنبية، إما للحفاظ على العملة الصعبة، أو مراعاة لأوضاعها المالية، خاصة إذا علمنا أن القواعد أعلاه وضمنها إجازة الوفاء لا تسري إذا اشترط الساحب أن يكون الوفاء بعملة معينة، التي قد تكون أجنبية، وهو ما يعرف «بشرط الوفاء الفعلي بعملة أجنبية» (الفقرة الثالثة من المادة 187).

ولا يمكن أن تكون لشرط «الوفاء الفعلي بعملة أجنبية» -كأن يقال مثلا «يجب الوفاء بالدولار أو الجنيه ليس إلا»- إلا قيمة نظرية أكثر من أن تكون له قيمة عملية،

30. كان فريق كبير من الفقه الفرنسي يؤيد قبل سنة 1935 الوفاء بالعملة الأجنبية المعينة، رغم ما كان يقع من تعقيدات ونتائج خطيرة ناجمة عن تقنينات وتقنيات نظام الصرف.
روني روبلو : المرجع السابق صفحة 293 بند 336.
31. للساحب دون غيره.

نظرا للتقنيات والقيود الصرفية التي غالبا ما يكون الأطراف على علم مسبق بها، قبل الإقدام على إدراج هذا الشرط ؛ وبمعنى آخر، لا يمكن إدراجه إلا بالقدر اللازم الذي يسمح به قانون الصرف، وإلا قامت منازعات خطيرة توثر على المعاملات الدولية، وهذا ما دعت الفقرة الأخيرة من المادة 187 إلى وجوب التقيد به، بمعنى مراعاة قوانين الصرف الجاري بها العمل يوم التقديم للوفاء.

وإذا حدث أن تشابهت عملة بلد الإصدار أو الإنشاء مع عملة بلد الوفاء، وبمعنى آخر، كانت تحمل اسما مشتركا لكن اختلفت في قيمتها -كالفرنك الفرنسي، والفرنك السويسري، والفرنك البلجيكي- افترض أن المقصود بالعملة المعينة على الكمبيالة عملة بلد الوفاء، أي ان الأداء يكون بعملة بلد الوفاء (المادة 187 ف4).

إلا أن الفقه والقضاء اعتبر هذا الافتراض مجرد قرينة بسيطة، يمكن الاتفاق على خلافها.

ولقد تمت مناقشة اشتراط وفاء الكمبيالة بعملة غير متداولة في دولة الوفاء أو بلد الوفاء (المادة 187) في مجلس النواب ؛ حيث طالب بعض النواب من الحكومة تقديم توضيح لهذه المادة، التي تجيز للساحب اشتراط سعر للعملة الأجنبية المتعامل بها أثناء إنشاء الكمبيالة معتبرين هذا التحديد المسبق قد يضر بمصالح أحد الأطراف، وأن المحدد لسعر العملات في المغرب هو بنك الاصدار، وأن التعامل بالعملة الصعبة دون تقييده قد يضر بالاقتصاد الوطني.

وقد ردت الحكومة على هذه الاستفسارات بأن الوفاء بمبلغ الكمبيالة يمكن أن يكون بعملة أجنبية، وقد يتم الاتفاق على الأداء بطريقة تعاقدية رغم تقلبات سعر العملات، وهذا يخلق مشاكل للمقاولات المغربية حيث أن الأداء يكون بالدرهم، وفي هذه الحالات يتدخل مكتب الصرف بصرامة، وأنه رغم اشتراط عملة معينة، فإن سعر الوفاء يكون بالدرهم بالنسبة للمغاربة، لكن الأجانب لا يمكن إلزامهم بالسعر المغربي. وأن الأوراق التجارية يُتعامل بها على الصعيد الدولي، لكن كل دولة تطبق قانونها الصرفي عند التعامل على ترابها، ويتعامل المواطنون في الدول التي تعتمد حرية الصرف فيما بينهم بالعملة المتفق عليها، لكن في المغرب هناك قوانين تنظيمية لميدان الصرف يشرف عليها مكتب الصرف، لكن قد يصبح الصرف حرا عندما يصبح الدرهم قابلا للتحويل، وهناك إمكانية للتعامل بالعملة الصعبة بالنسبة للمغاربة المصدرين في حدود 20% من قيمة الصادرات، ويمكن للمصدرين أن يتعاملوا فيما بينهم بالعملة الصعبة».

ولقد عقب أحد النواب على دفوعات الحكومة بالتأكيد على أن عمل اللجنة يقتصر على التشريع للدولة المغربية، وليس وضع قانون دولي، وإذا كانت القاعدة تقول بأن التشريع اللاحق يلغي السابق، فإن هذه المدونة قد ألغت القانون الذي كان يمنع المغاربة من تداول أية عملة أجنبية[31](2).

ونعتبر هذا التعقيب غير صحيح لأن هذه القاعدة لا يعمل بها إلا في مجال المادة المنظمة، أما القانون المنظم للصرف فهو مستقل كل الاستقلال عن المادة التجارية، والقاعدة المطبقة هي أن في حالة التعارض بين نص خاص «texte spécial» ونص عام «texte général» فالأسبقية تكون للنص الخاص، فنصوص مدونة قانون التجارة نصوص عامة ونصوص مدونة الصرف نصوص خاصة، وبمعنى آخر في مجال قانون الصرف تطبق نصوص قانون الصرف، وفي مجال قانون التجارة تطبق نصوص مدونة التجارة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكومة تسير فعلا نحو سياسة تحرير نظام الصرف، التدريجي كما يتضح من تدخلها، ومن إتاحة الفرصة لأفراد الجالية المغربية لفتح حسابات بالعملة الأجنبية وللمستثمرين كذلك، وفتح باب التعامل للمصدرين المغاربة للتعامل بالعملة الأجنبية، والعمل بعكس ذلك يؤدي إلى الانغلاق وللاّتصدير واللاستيراد.

5- يبرىء الوفاء الذي يقوم به المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق ذمته وذمم باقي الضامنين :

وتختلف إشكاليات الوفاء الصرفي عن إشكاليات الوفاء العادي، فإذا كان من اللازم على المدين في العلاقة العادية أن يتأكد من هوية الدائن وأهليته، المرتبط به في العلاقة التعاقدية -لأن حتى حوالة الحق، لا تسري في حق المدين والغير، إن لم تبلغ للمدين تبليغا رسميا، أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ (المادة 195 ق.ل.ع.م.)- فإنه لا يتأتى للمسحوب عليه في العلاقات الصرفية أن يعرف هوية الحامل الشرعي نظرا لانتقال الكمبيالة عن طريق المناولة اليدوية في بعض الأحيان، وعن طريق التظهير في أحوال أخرى ؛ ذلك التظهير الذي قد يكون بالصيغة أو قد يقع على بياض، كما أن خطر الاحتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، والأجل القصير المخصص

31.(2) تقرير لجنة مجلس النواب للاقتصاد والتجارة والصناعة والشغل وشؤون المهاجرين، الولاية التشريعية 93 -1999 (المبتسرة) السنة الثالثة دورة أبريل 1996 ص. 169 و 170 و 171.

لإعداده قد لا يسمحان له بالتحقق من هوية الحامل الشرعي.

ولقد وضع قانون الصرف، نظرا لهذا التباين شرطين هامين لصحة الوفاء، فإن احترمهما المسحوب عليه، كان وفاؤه عن حسن نية، أما إن وقع تجاوزهما، كان الوفاء عن سوء نية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 186 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «ومن وفى في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته، إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم، ويلزم بالتحقق من انتظام تسلسل التظهيرات. لكنه لا يلزم بفحص توقيعات المظهرين».

هذان الشرطان هما :

أ- لا ينبغي حسب الشرط الأول أن يصدر الوفاء عن غش أو خطأ جسيم، ويكون الوفاء صادرا عن غش إن وقع لغير مالك الكمبيالة، بمعنى أن يدفع المسحوب عليه وهو يعلم أن الحائز عثر على كمبيالة ضائعة أو سرقها مثلا، وعن خطأ جسيم إن وفي المسحوب عليه صارفا النظر عن معارضة قانونية قامت مثلا وفقا لمقتضيات المادة 189 التي تجيز التعرض على الوفاء في حالة ضياع الكمبيالة أو سرقتها وفي حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل.

ب- يلزم المسحوب عليه حسب الشرط الثاني التحقق من انتظام تسلسل التظهيرات ؛ ويُعنى بهذا الإجراء الشكلي، معاينة انتظام تسلسل التظهيرات لا فحص صحة التوقيعات، انسجاما مع الفقرة الأولى من المادة 170 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يعتبر حائز الكمبيالة الحامل الشرعي لها، إذا أثبت حقه بواسطة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات، ولو كان التظهير الأخير على بياض. وتعتبر في هذا الشأن التظهيرات المشطب عليها كأن لم توجد، ومتى كان التظهير على بياض متبوعا بتظهير آخر اعتبر الموقع على هذا التظهير الأخير مكتسبا للكمبيالة بموجب التظهير على بياض ...».

ويقوم وفاء المسحوب عليه في الأصل على حسن النية، ويقع على من يدعي العكس إثبات خلاف ذلك، ويكون هذا الإثبات بكافة وسائل الإثبات.

6- يجوز أن يقع الوفاء بالنقود المعينة على ذات الكمبيالة، أو بواسطة شيك، أو بواسطة تحويل مصرفي «mandats de virement» وفقا لمقتضيات المادة 198 من قانون التجارة الجديد.

ويلزم إن وقع الوفاء بالشيك، أو التحويل المصرفي قياسا، أن يعين في الشيك أو التحويل عدد الكمبيالات الموفاة، وتاريخ استحقاقها، وأن يبلغ الاحتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء إن لم يوف الشيك أو التحويل في الموطن المعين لوفاء الكمبيالة وذلك ضمن الأجل المنصوص عليه في المادة 268، وهو عشرون يوما إذا كان الشيك صادرا في المغرب ومستحق الوفاء فيه، أو داخل أجل ستين يوما إذا كان الشيك صادرا خارج المغرب وكان مستحق الوفاء فيه، ويقع حساب هذه الآجال من التاريخ المبين في الشيك كتاريخ لإصداره.

ويتعين على المسحوب عليه الذي يتلقى التبليغ، أن يؤدي مبلغ الكمبيالة، ومصاريف احتجاج عدم وفاء شيك، فإن لم يفعل وجب عليه أن يرجع الكمبيالة إلى مأمور أو عون كتابة الضبط القائم بالإجراء، حتى يتسنى للحامل مقاضاة باقي الضامنين من ساحب، ومظهرين، وضامنين احتياطيين، لأن الوفاء بالشيك أو التحويل المصرفي لا يعتبر تجديدا.

ويحرر المأمور أو العون في الحين محضرا يثبت فيه عدم إرجاع الكمبيالة، إذا لم يقم المسحوب عليه بإعادتها كما ينص على ذلك القانون، ويعفى الحامل هنا من كل القيود المنصوص عليها في المادتين 191 و 192 المتعلقتين بضياع الكمبيالة وسرقتها (المادة 198 ف5) أي يعفى من استصدار أمر من رئيس المحكمة (التجارية) وتقديم الكفيل، لأن هناك فرقا بين ضياع الكمبيالة أو سرقتها من يد مالكها، وبين عدم إرجاع المسحوب عليه للكمبيالة لأي سبب كان، حتى وإن ادعى الضياع أو السرقة.

ويعاقب على عدم إرجاع الكمبيالة بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 547 من القانون الجنائي، أي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى ألفي درهم، وإذا كان الضرر الناتج عن الجريمة قليل القيمة، كانت عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين، والغرامة من مائة وعشرين إلى مائتين وخمسين درهم، مع عدم الإخلال بتطبيق الظروف المشددة المقررة في المادتين 549 و 550.

7- يحق للمسحوب عليه الذي وفّى مبلغ الكمبيالة كليا أن يطالب الحامل بأن يسلمها إليه موقعا عليها بما يفيد الوفاء (المادة 185 ف1) وتعتبر مسألة التوقيع هنا جديدة وتجديدا مهما يتفق مع موقفنا الذي سنبرزه في نهاية بحث هذه الإشكالية، أي التوقيع بعد أن يُثبت على الكمبيالة عبارة تفيد أنها قد وفيت

«l'acquit» حتى لا يفاجأ بحامل حسن النية، ويكون له إن كان الوفاء جزئيا أن يطالب بذكر هذا الوفاء الجزئي على ذات الكمبيالة، وبتسليمه توصيلا بما أداه، على غرار ما أشرنا إليه سابقا، عند الكلام عن الاستحقاق (الفقرة الثانية، والثالثة من المادة 185) فإن رفض الحامل ذلك، جاز للمسحوب عليه أن يمتنع عن الوفاء، وأن يدع المبلغ لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية (المادة 188 والمادة 2 و 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية رقم 95-53 بتاريخ 1997 المشار إليه سابقا) الموجود موطنه في دائرتها، على نفقة وتبعة الحامل.

ولقد وقع نقاش في الفقه والقضاء الفرنسي حول إشكالية الإبراء من الدين «de la remise de la dette» المنصوص عليه في المادة 1282 من القانون المدني الفرنسي، المقابل للفقرة الثالثة من المادة 341 من ق.ل.ع.م.، التي جاء فيها : «...إرجاع الدائن اختيارا إلى المدين السند الأصلي للدين يفترض به حصول إبراء من الدين».

وتنبغي قبل العرض الموجز لنتائج هذه المناقشة، الإشارة إلى فرق بسيط بين النص الفرنسي والنص المغربي بلغتيه العربية والفرنسية، إذ تكلم الأول عن إرجاع الدائن للسند الأصلي اختياريا، وموقعا من طرفه بتوقيعه الخاص «Sous signature privée» في حين لا يذكر النص المغربي مسألة التوقيع الخاص، والتوقيع على رأينا يلعب دورا فعالا في الإبراء من عدمه على ما سوف نرى من حلول.

ونتساءل الآن، عندما يقوم الحامل الشرعي بإرجاع الكمبيالة عن طواعية واختيار إلى المسحوب عليه دون سداد ؛ أي دون أن يحصل على مبلغها «sans l'acquitter»، هل نعتبر هذا الإرجاع أو الإعادة إبراء من الدين أم لا ؟

لا يشك الفقه والقضاء الفرنسيان في أن هذا الإرجاع الذي يقع ضمن شروط المادة 1282 مدني فرنسي يقوم على قرينة الوفاء، لكنه اختلف حول ما إذا كانت هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، أم أنها قطعية لا تقبل إثبات العكس ؟

ولا توجد في الحقيقة أية صعوبات إذا أعيدت الكمبيالة من قبل الحامل إلى المسحوب عليه وكان هذا الأخير موقعا عليها، ومؤشرا عليها بما يفيد الوفاء (المادة 185 ف1) فإرجاع الكمبيالة على هذا الشكل ينهض حجة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على حصول الوفاء، أما أم المشاكل هي أن تبقى الكمبيالة بيد الحامل على الرغم من حصول الوفاء، أو تُرْجع إلى المسحوب عليه دون أن يوقع عليها بما يفيد

الوفاء !

اتخذت محكمة النقض الفرنسية قرارا قديما، يتيح للحامل الشرعي إثبات عكس قرينة الوفاء هذه بكافة الوسائل وفقا لمبدإ حرية الإثبات في المواد التجارية، إلا أن الفقه انتقد هذا الموقف بشدة واعتبر القرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس[32]. ثم تراجعت محكمة النقض عن مبدئها معتبرة القرينة من جديد، تحت تأثير الفقه قرينة قطعية غير قابلة لإثبات العكس، ثم تخلت مرة ثانية عن هذا المبدأ سنة 1980 مركزة مبدأ القرينة البسيطة القابلة لإثبات العكس. خاصة أن الممارسة العملية في فرنسا فرضت في بعض الأحيان، ان التأشير بما يفيد الأداء «mention d'acquit» يوضع في بعض الأحيان على الكمبيالة قبل الأداء وجعلت هذه الممارسة الفقه يعتبر مجرد التأشير بالأداء لا يكفي وحده لينهض حجة على إبراء أو تحرير ذمة المدين[33].

وقضت المحكمة الابتدائية لمدينة الدار البيضاء، بتاريخ 9 فبراير 1956 بأنه يحق للمدين بكمبيالات تحمل القبول، أن يرفض الوفاء طالما لم ترجع إليه الكمبيالات التي سبق له أن قام بأدائها[33(2)].

ونتساءل الآن حول أي حل يمكن لنا تطبيقه في ظل المادة 185 ف1 من مدونة التجارة والمادة 341 ف 3 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تجعل إرجاع الدائن اختيارا إلى المدين السند الأصلي للدين يقوم على افتراض حصول الابراء من الدين ؟

نرى أن الحل الأمثل يكمن في التفرقة ما بين حالتين، حالة إعادة الحامل للكمبيالة موقعة من طرفه بما يفيد الوفاء إلى المسحوب عليه، تطبيقا للتجديد الذي طرأ على نص المادة 185 ف1، فيكون ذلك إبراء قطعيا من الدين لا يقبل إثبات العكس، وحالة إرجاع الكمبيالة دون توقيع من الحامل بما يفيد الوفاء فتكون قرينة الإبراء بسيطة قابلة لإثبات العكس.

32. روني رويلو : المرجع السابق صفحة 300، بند 343.

33. جانتان صفحة 198، فقرة 367.

33(2). جريدة المحاكم العدد 1202 سنة 1957.

المبحث الثالث

التعرض على الوفاء، والوفاء بالتدخل أوالواسطة

يثير التعرض على الوفاء إشكاليات كثيرة، جعلت المشرع يحظره أو يحرمه، ما عدا في حالات ضيقة استثنائية ؛ كما أن للوفاء بالتدخل أهميته وإشكالياته، أسباب تجعلنا نعالج كل واحد منهما على حدة في بندين :

البند الأول

حظر أو تحريم التعرض على الوفاء «l'interdiction des oppositions»

إذا كان يجوز مبدئيا للدائن في القانون العادي أو المدني، أن يتعرض على الوفاء لمدينه، أو أن يقوم بإجراء حجز ما للمدين بين يدي الغير، وفقا لما تنص عليه المادة 488 من قانون المسطرة المدنية[34] -مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في هذه المادة- فإن الأصل على عكس ذلك في قانون الصرف، بمعنى لا يجوز التعرض على وفاء المبلغ الثابت في الكمبيالة، ولا إيقاع حجز ما للمدين من طرف الدائنين الشخصيين للساحب -لانتقال مقابل الوفاء- لدى الغير المسحوب عليه، لما لمثل هذا التعرض من مناهضة ومنافاة لأهم القواعد التي تميز قانون الصرف، كالتداول، ووجوب الوفاء في تاريخ الاستحقاق والحرمان من الإمهال القضائي والقانوني (المادة 231 ف2) ؛ خاصة وأن تأخير الوفاء قد ينشأ عن حجز أو تعرض صوري، نتيجة لتواطؤ وغش بين المسحوب عليه وأحد الأشخاص، اضرارا بحقوق ومصالح الحامل.

ولا تعتبر قاعدة حظر التعرض في مواد أو ميدان تطبيق قانون الصرف مطلقة، وإنما تخضع لاستثنائين هامين تنص عليهما المادة 189 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «لا يجوز التعرض على الوفاء إلا في حالة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل».

34. وقد جاء في هذه المادة ما يلي «يمكن لكل دائن ذاتي أو اعتباري، يتوفر على دين ثابت إجراء حجز بين يدي الغير بإذن من القاضي على مبالغ ومستندات لمدينه، والتعرض على تسليمها ...».

أ- حالة ضياع (فقدان) أو سرقة الكمبيالة :

فإذا كانت المادة 156 من القانون القديم المنسوخ تتكلم سوى عن حالة فقدان أوضياع الكمبيالة «la perte de la lettre de change» مع أن الرأي الغالب يضيف إلى هاته الحالة حالات أخرى ؛ كحالة سرقة الكمبيالة «le vol de la lettre de change» وحالة تعرض الإرادة لعارض من عوارضها كالسفه، والجنون والغفلة وغيرها . فإن القانون الجديد لسنة 1996 أضاف على الأقل إلى الكمبيالة الضائعة الكمبيالة المسروقة (المادة 189).

ويسوغ لمالك الكمبيالة الشرعي، في حالتي الضياع والسرقة، وللولي أو الوصي أو القيم في حالة التحجير على الحامل لعارض من عوارض الأهلية، أن يخطر المسحوب عليه بالحادث، وأن يتعرض لديه على الوفاء الذي تجيزه المادة 189.

ويقع التعرض بجميع الوسائل الممكنة، سواء أكان ذلك عن طريق كتابة ضبط المحكمة، أو برسالة مضمونة مع الاعلام بالتوصل، أو ببرقية أو بالهاتف أو شفويا أو غيرها من الوسائل.

ويلزم المسحوب عليه عندما ينتهي إلى علمه التعرض، أن يحترم مقتضيات هذه المادة، بأن يمتنع عن الوفاء إلى أن تفصل الجهة المختصة في النزاع، (المحكمة التجارية طبقا للمادة 21 و 5 من القانون رقم 53.95 القاضي باحداث المحاكم التجارية) فإن لم يفعل أو تجاوز هذه المقتضيات، عد مرتكبا لخطإ جسيم، وكان وفاؤه وفاء غير صحيح.

ويجوز للمالك الشرعي إن كانت الكمبيالة الضائعة أو المسروقة لا تحمل القبول -الصيغة وتوقيع المسحوب عليه، أو التوقيع فحسب-، المطالبة بالوفاء بناء على نظير ثان أو ثالث أو رابع أو خامس أو سادس ... الخ (المادة 190 من قانون التجارة الجديد).

ولقد عمدت المادة 190 من قانون التجارة الجديد إلى التشدد بأن أضافت شرطا لا غنى عنه يفرض على المالك الشرعي تقديم كفالة «en donnant caution» تغطي ظهر المسحوب عليه، وتحمي حقوق الحامل الشرعي المحتمل، شَرْطٌ لم تكن تفرضه المادة 156 من القانون القديم المنسوخ.

ولا يسوغ للمالك الشرعي، على عكس ذلك، ان كانت الكمبيالة الضائعة أو المسروقة تحمل توقيع المسحوب عليه بالقبول، أن يطالب بالوفاء بناء على نظائر، إلا

بعد أن يستصدر أمرا قضائيا من رئيس المحكمة التجارية (المادة 21 و 5 من القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية لسنة 1997)، ويقدم كفيلا (المادة 191).

ويجوز لمن عجز عند ضياع أو سرقة الكمبيالة عن تقديم نظير ثان أو ثالث أو رابع أو خامس ... الخ، ان يطالب بالوفاء بها، سواء كانت الكمبيالة الضائعة أو المسروقة تحمل القبول أم لا، على شرط أن يستصدر أمرا من رئيس المحكمة التجارية (المادة 5 و 21 من القانون رقم 53.95 القاضي باحداث المحاكم التجارية لسنة 1997) بالوفاء، بعد أن يثبت ملكيته للكمبيالة بدفاتره، وأن يقدم كفيلا أو كفالة (المادة 192).

ويلاحظ أن المشرع اشترط في حالتي ضياع وسرقة الكمبيالة التي تحمل القبول -أو المقبولة- والعجز عن تقديم النظير، الأمر القضائي وتقديم الكفيل، حتى لا يضطر المسحوب عليه إلى الوفاء مرتين، المرة الأولى لمدعي الضياع أو السرقة، والمرة الثانية لحامل الكمبيالة المقبولة أو غير المقبولة (المادة 192).

ويجب على مالك الكمبيالة الضائعة أو المسروقة، إن أراد أن يحصل على نظير ثان، أن يتوجه بالطلب إلى المُظَهِّر له مباشرة -أو مظهره المباشر- ومن واجب هذا الأخير أن يعيره اسمه وأن يمد له يد المساعدة، ليطالب المظهر له هو، وهكذا تتصاعد المطالبة من مظهر إلى المظهر الذي قبله، حتى تنتهي إلى ساحب الكمبيالة، على أن يتحمل مالك الكمبيالة الضائعة بالمصاريف (المادة 194 من قانون التجارة الجديد).

ويحتفظ المالك الشرعي بجميع حقوقه ان رفض المسحوب عليه الوفاء -الذي تقرره المادتان 191 و 192- بمبلغ الكمبيالة الضائعة أو المسروقة المقبولة من طرفه، أوالتي عجز فاقدها أو من سرقت منه عن تقديم النظير على شرط أن يقيم محرر احتجاج «acte de protestation» غداة يوم الاستحقاق -في اليوم الموالي ليوم استحقاق الكمبيالة الضائعة أوالمسروقة-، وأن توجه الاخطارات أو الاعلامات طبقا للمادة المادة 199 من قانون التجارة الجديد، إلى كل من الساحب والمظهرين داخل الآجال المحددة في هذه المادة.

وتختلف هذه الآجال باختلاف العلاقات التي تربط بين الأطراف، فيجب على الحامل أن يوجه الاعلام بعدم الوفاء إلى من ظهر له الكمبيالة داخل أجل ستة أيام

العمل التي تلي يوم إقامة الاحتجاج أو البروتستو ؛ أو يوم التقديم في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف. وأن يبلغ مأمور كتابة الضبط -عون التبليغ- وجوبا إلى الساحب أسباب رفض الوفاء عن طريق البريد المضمون، داخل ثلاثة أيام العمل الموالية ليوم إقامة الاحتجاج أو البروتستو، ويجب أيضا، على كل مظهر أن يعلم داخل ثلاثة أيام العمل التالية ليوم تلقيه الإعلام مَن ظَهَّرَ له الكمبيالة، وأن يعين أسماء الذين وجهوا الاعلامات السابقة وموطنهم، وهكذا بالتتابع حتى الوصول إلى الساحب، وتسري هذه الآجال ابتداء من تسلم الاعلام.

ويثير الانتباه أن القانون الجديد عمد إلى إيقاف التبليغ الواجب على العون القيام به على تضمين الكمبيالة اسم الساحب وموطنه، وبعبار النص «يجب على عون التبليغ، إذا كانت الكمبيالة تتضمن اسم الساحب وموطنه (المادة 199 ف2)،وهذه الصياغة لا تساير النهج الجديد الذي سلكه هذا القانون نفسه -صياغة كانت صالحة في ظل القانون القديم المنسوخ- ناسيا أنه أوجب في الفقرة 8 من المادة 159 تضمين الكمبيالة اسم وتوقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب) تحت طائلة بطلانها (المادة 160).

وللحقيقة، فإن فرض ذكر اسم الساحب على الكمبيالة لا يحل إشكالية التبليغ إلا جزئيا، لأن هذا التبليغ يتوقف أيضا على بيان الموطن الذي هو بيان اختياري وليس إلزاميا، ولكل ذلك كان ينبغي أن تقف الصياغة عند حدود الموطن وذلك على الشكل التالي : «ويجب على عون التبليغ، إذا كانت الكمبيالة تتضمن موطن الساحب أن يشعر هذا الأخير بأسباب رفض...».

وقد يحدث أن يَظْهَرَ الحامل حسن النية، بعد أن يكون المسحوب عليه قد وفّى مبلغ الكمبيالة الضائعة أو الكمبيالة المسروقة أو غيرها وفاء مطابقا للمقتضيات القانونية السابقة -استصدار الأمر القضائي، وتقديم كفيل- إلى من ادعى ملكيتها! إذن، فعلى من يعود هذا الحامل حسن النية لأخذ حقوقه ؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا السؤال، إلا أن الرأي الغالب -لأن القانون لم يتعرض لهذه المسألة- استقر على أن حكم المحكمة بالوفاء يبرىء ذمة المسحوب عليه، ويكون من حق الحامل حسن النية، أن يرجع على الشخص الذي قبض المبلغ ويلزمه برده إليه، فإن رفض عاد على الكفيل، وكل ذلك حماية لتداول الكمبيالة ؛ وتطبيقا لحكم القضاء الآمر بالأداء لمن يمكن أن يكون مالكا للكمبيالة الضائعة أو المسروقة، بعد تقديم الكفيل.

ويسقط التزام الكفيل (أو الكفالة) المبين في المواد 190 و 191 و 192 بمضي ثلاث سنوات، إذا لم تقع خلال هذه المدة أية مطالبة أو متابعة قضائية (المادة 195).

ب- الحكم على الحامل بفتح مسطرة المعالجة :

يسوغ للسنديك «Syndic» أن يتعرض على الوفاء للحامل إذا حكم على هذا الأخير بفتح مسطرة المعالجة (المادة 560 وما يليها من مدونة التجارة الجديد)، وأن يطالب بالوفاء بدلا منه حماية لأصول المقاولة أو لفائدة المسطرة -لأن كتلة الدائنين التي كان السنديك يمثلها اندثرت في النظام القانوني الجديد- إلا أن مباشرة السنديك لهذا الحق يختلف حسب ما إذا كانت المسطرة المطبقة تتعلق بالتسوية القضائية (التصحيح القضائي) أو التصفية القضائية، ففي التسوية القضائية لا يكون تعرض السنديك على الوفاء والحلول في المطالبة بالأداء محل المدين المقاول المحكوم عليه إلا إذا رخصت المحكمة للسنديك بأن يقوم لوحده بالتسيير الكلي أو الجزئي للمقاولة (الفقرة الثالثة من المادة 576)[35]، خاصة أن القانون يجيز له زيادة على ذلك، في كل الأحوال أن يستعمل حسابات المقاولة البنكية أو البريدية لما فيه مصلحة المقاولة (المادة 577). أما إذا قضت المحكمة بالتصفية القضائية، فإن الحكم يؤدي في هذه الحالة إلى غل اليد، أي تخلي المدين المقاول المحكوم عليه بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها، ويحل محله السنديك بصورة مطلقة تخول له حق التعرض على الوفاء لهذا الحامل المحكوم عليه بالتصفية القضائية، ويطالب بدلا منه بالوفاء لفائدة أصول المقاولة أو الشركة حماية لأموال المسطرة (المادة 619 من قانون التجارة الجديد).

البند الثاني

الوفاء بالتدخل أو الواسطة «le paiement par intervention»

يقع الأداء في الأصل من طرف المسحوب عليه، إلا أن المشرع اعترف بمسالك أو طرق أخرى تسهيلا لتداول الكمبيالة، وحماية لحقوق الحامل، وتخفيفا من اثار

35. مع العلم أن من حق المحكمة كذلك أن تكلف السنديك إما بمراقبة عمليات التسيير، وإما بمساعدة رئيس المقاولة في جميع الأعمال التي تخص التسيير أو في بعضها (الفقرتان الأولى والثانية من المادة 576). حيث يبقى للمقاول المدين حق التصرف، الذي يحول دون التعرض.

الرجوع أو المقاضاة، عندما أجاز الوفاء عن طريق التدخل (المواد 217 إلى 221 والمادة 215)، قياسا على القبول بالتدخل أو الواسطة (المادتان 215 و 216).

يقصد بالوفاء بالتدخل أو الواسطة، تدخل شخص من الغير لأداء مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، أو حتى قبل أجل أو تاريخ الاستحقاق، إنقاذا لواحد أو أكثر من الموقعين على السفتجة من الرجوع أو المقاضاة، على أمل أن يسترد من قام بالوفاء المبلغ المدفوع من المدين الحقيقي أو ضامنه الاحتياطي. ويطلق على هذا الشخص الذي قام بالوفاء، إمَّا المُوفي بالتدخل أو إما الموفي الاحتياطي حسب الأحوال، ويطلق على هذا الوفاء، الوفاء بالتدخل أو الواسطة (المادتان 217 ف1 والمادة 221).

ويجيز التشريع المغربي، تأثرا بقانون جنيف الموحد، الوفاء بالتدخل -وإن كان قليل الوقوع عمليا- إلى جانب مؤسسة القبول بالتدخل ؛ الذي يمكن أن يقع كلما كان من حق الحامل إجراء مقاضاة ؛ سواء كان ذلك عند الاستحقاق أو قبل خلول أجله (المادة 217).

وإذا كان يسوغ للساحب، أو المظهر أو الضامن الاحتياطي أن يعين شخصا ليفي بمبلغ الكمبيالة عند الاقتضاء يسمى «الموفي الاحتياطي» (الفقرة الأولى من المادة 215). فإن ذلك لا يمنع أي شخص كان ولو كان هو المسحوب عليه من أن يتدخل تلقائيا للوفاء بالمبلغ لفائدة أي مدين معرض للرجوع أو المقاضاة (الفقرة الثانية من 215) وهو ما يُسمّى بالموفي بالتدخل.

وإذا كان يمكن أن يكون المتدخل من الغير، ولو كان المسحوب عليه نفسه إن رفض قبول الكمبيالة، أو أحد الملتزمين بالكمبيالة، فإنه لا يجوز أن يكون المتدخل أبدا المسحوب عليه القابل (الفقرة الثالثة من المادة 215 من قانون التجارة الجديد)؛ لأن المسحوب عليه الذي يوقع على الكمبيالة بالقبول، يصبح ملتزما بالوفاء بها، فإن أدى مبلغها، فلا يمكن اعتبار هذا الأداء إلا أداء مدين رئيسي لا موفٍ بالتدخل أو الواسطة.

ويملك المتدخل كامل الحرية لاختيار الشخص الذي يتدخل بالوفاء لمصلحته، وبعبارة أخرى، يجوز أن يقع الوفاء بالتدخل أو الواسطة لأي شخص ملتزم بدفع مبلغ الكمبيالة ؛ معرض للرجوع أو المقاضاة، سواء كان الشخص ساحبا أو مظهرا، أو مسحوبا عليه إن كان قابلا للكمبيالة، أما المسحوب عليه غير القابل -الذي رفض

القبول- فلا يمكن التدخل بالوفاء لمصلحته، لأنه غير ملتزم بالوفاء بالكمبيالة أصلا.

وتشترط في الوفاء بالتدخل أو الواسطة عدة شروط هي التالية :

أ- لا يقع الوفاء بالتدخل إلا إذا كان من حق الحامل ممارسة الرجوع أو المقاضاة، سواء كان ذلك عند الاستحقاق أو قبله (المادة 217 ف1) -كما في حالة الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول، وحالة الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على المسحوب عليه سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها ؛ أو في حالة توقفه عن أداء ديونه ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم ؛ أو في حالة حجز بدون جدوى على أمواله ؛ أو الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على ساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول (المادة 196 من قانون التجارة الجديد)- وأن يقع هذا التدخل لمصلحة الشخص المدين المُعَرَّض للرجوع أو المقاضاة (المادة217 ف1 و 215 ف2) من قبل الحامل، وأن يتم هذا الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم يجوز فيه إجراء احتجاج عدم الوفاء (المادة 217 ف3) هذا الاحتجاج الذي ينبغي إنجازه إن كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين، أو بعد مرور مدة من تاريخها، أو بعد مدة من الاطلاع داخل أحد أيام العمل الخمسة الموالية ليوم الاستحقاق، إما إذا كانت الكمبيالة مستحقة عند الاطلاع فإن أجل تحرير احتجاج -أو البروتستو- عدم الوفاء يكون ضمن الشروط المعينة بشأن تحرير احتجاج عدم القبول (المادة 197 ف3 من قانون التجارة الجديد)، الذي يرتبط بالشروط المحددة لتقديم الكمبيالة للقبول (المادة 197 ف2)، وبمعنى آخر يجب على الحامل إن كانت الكمبيالة مستحقة عند الاطلاع أن يقيم الاحتجاج يوم التقديم[36] الذي هو يوم الاستحقاق (المادة 182 ف1) ويجب عليه في كل الأحوال أن يقدم الكمبيالة للوفاء داخل سنة تحسب من تاريخ تحريرها، فإن قدمت للوفاء في آخر يوم من السنة أقيم المحضر في هذا اليوم -لأن الكمبيالة الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع تكون واجبة الوفاء عند التقديم- (المادة 182 ف1)، ما لم يطلب المسحوب عليه تقديما ثانيا غداة التقديم الأول -أي في اليوم الموالي- (المادة 175 ف1)، فإن فعل جاز تقديم احتجاج عدم الوفاء في هذا اليوم الثاني أو الموالي (المادة 175 ف1 والمادة 197 ف2).

أما القانون المصري، فلا يجيز الوفاء بالتدخل إلا بعد الاستحقاق، وإثبات الامتناع عن الوفاء، أو الاحتجاج عن عدم الوفاء (المادة 157 تجاري مصري).

36. تطبيقا للفقرتين الثالثة والثانية من المادة 197 من قانون التجارة الجديد مع مراعاة كذلك المادة 174 ف1.

ب- يجب أن يقع الوفاء بالتدخل أو الواسطة بكل المبلغ، الذي كان الشخص، الذي جرى التدخل لمصلحته ملزما بوفائه (الفقرة الثانية من المادة 217 ف2).

ويختلف وفاء المتدخل هنا عن وفاء المسحوب عليه الذي يمكن أن يكون جزئيا (الفقرة الثانية من المادة 185)[37] وبعبارة أخرى، إذا كان من حق المسحوب عليه أن يعرض على الحامل الوفاء الجزئي، فلا يملك الموفي بالتدخل هذا الحق، فإما أن يفي بالمبلغ كله أو لا يفي، لأن الوفاء الجزئي لا يحول دون المقاضاة وإقامة الاحتجاج بالباقي ضد من وقع الوفاء بالتدخل لفائدته ؛ في حين أن الوفاء بالتدخل يروم الانقاذ من الرجوع أو المقاضاة.

وإذا عرض المتدخل على الحامل وفاء جزئيا كان للحامل أن يرفض هذا الوفاء، دون أن يترتب على ذلك سقوط حقه في المقاضاة على خلاف الوفاء الكلي بالتدخل، الذي ينشأ عن رفضه سقوط حق المقاضاة ضد من كان الوفاء بالتدخل لمصلحته والمظهرين اللاحقين وفقا لما نصت عليه المادة 219 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «إن الحامل الذي يرفض قبول الوفاء عن طريق التدخل يفقد حق الرجوع على من كان من شأن ذلك الوفاء أن يبرىء ذمته».

ولا يوجد في القانون ما يمنع الحامل من أن يقبل عرض المتدخل بالوفاء الجزئي على شرط أن يذكر هذا الوفاء على الكمبيالة، وأن يسلم للموفي بالتدخل توصيلا بما أداه قياسا على حالة الوفاء الجزئي -المنصوص عليها في المادة 185 ف2- الذي يقوم به المسحوب عليه.

وإذا كان من حق الحامل أن يرفض التدخل بالوفاء إن كان جزئيا، وأن يجد الأسباب المشروعة المبررة لذلك، فلا يمكن تصور وجود مثل هذه الأسباب إن كان التدخل بالوفاء كليا، وهو ما جعل التشريع يقف هذا الموقف الصارم، الذي يرتب عن رفض الوفاء بالتدخل بالمبلغ الكامل سقوط حق الرجوع أو المقاضاة ؛ بل الأكثر من ذلك، أن التشريع لم يجز للحامل متى عين في الكمبيالة شخص لوفائها عند الاقتضاء في مكان الوفاء، أن يستعمل قبل أجل أو تاريخ الاستحقاق حقوقه في الرجوع أو المقاضاة ضد أوتجاه من صدر عنه هذا التعيين، وضد الموقعين اللاحقين به، إلا إذا قدم الكمبيالة للشخص المعين وأثبت بواسطة الاحتجاج أو البرتستو امتناع ذلك

37. التي جاء فيها : «لا يجوز للحامل أن يرفض وفاء جزئيا».

الشخص عن قبولها (الفقرة الثانية من المادة 216). وألزم الحامل أيضا بأن يقدم الكمبيالة للمتدخلين أو المعينين، وأن يطالبهم بالوفاء، وأن يقيم الاحتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم مقبول لإقامة الاحتجاج، فإن لم يفعل سقط حقه في الرجوع وفقا للمادة 218 التي جاء فيها : «إذا قبل الكمبيالة متدخلون يوجد موطنهم في مكان الوفاء، أو إذا عين أشخاص يوجد موطنهم في المكان المذكور للوفاء عند الحاجة، وجب على حامل الكمبيالة أن يقدمها لهؤلاء الأشخاص كلهم، وان يقيم إذا اقتضى الأمر احتجاج عدم الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم مقبول لإقامة ذلك الاحتجاج. فإذا لم يقع الاحتجاج ضمن هذا الأجل، سقط الالتزام عن الذي عين عند الحاجة، أو الذي قبلت الكمبيالة لمصلحته وعن المظهرين اللاحقين».

ج- يلزم المتدخل أن يعلم الشخص الذي تدخل لمصلحته بتدخله في ظرف أو أجل ثلاثة أيام عمل، تفاديا لوقوع الوفاء مرة ثانية، أو ثالثة، أو غيرهما (الفقرة الرابعة من المادة 215).

ولا يترتب على إهمال هذا الإجراء بطلان التدخل، وإنما تنشأ عنه عند الاقتضاء مسؤولية المتدخل عن تعويض الأضرار، التي تحصل نتيجة هذا الإهمال، شريطة ألا يتجاوز قدر التعويض مبلغ الكمبيالة (المادة 215 ف3).

د- إذا حدث أن تزاحم عدد من الأشخاص للوفاء بالتدخل أو الواسطة، رُجح من بين هؤلاء، من كان وفاؤه أكثر إبراء للذمة، بمعنى الوفاء الذي يبرىء أكبر عدد من الضامنين (الفقرة الثالثة من المادة 221 من قانون التجارة الجديد).

فإذا تدخل أحد الأشخاص للوفاء عن الساحب مثلا، وآخر عن أحد المظهرين، فُضل وفاء من تدخل لمصلحة الساحب، لأنه يبرىء كافة المظهرين.

ويفقد من يخالف هذه القاعدة عن علم، حقه في الرجوع على من كان من شأنهم أن تبرأ ذمتهم لولا تدخله.

وتترتب عن الوفاء بالتدخل آثار هامة هي التالية :

أ- يبرىء الوفاء ذمة المظهرين اللاحقين للموقع، الذي حصل الوفاء لمصلحته وضامنيهم الاحتياطيين (المادة 221 ف2 والمادة 180 ف7).

ب- تنتقل إلى الموفي بالتدخل أو الواسطة الحقوق الناتجة عن الكمبيالة تجاه من وقع الوفاء لفائدته، وتجاه الملتزمين نحو هذا الأخير بمقتضى الكمبيالة، أي المظهرين السابقين وضامنيهم الاحتياطيين، إلا أنه لا يجوز لهذا الموفي أن يظهر الكمبيالة من جديد (الفقرة الأولى من المادة 221).

ويلاحظ هنا أن القضاء والفقه الفرنسيين كانا يمنحان قبل سنة 1935 -أي قبل اتفاقية جنيف للقانون الموحد- للموفي بالتدخل أو الاحتياطي دعويين لاسترداد ما أداه أو دفعه للحامل، دعوى الوكالة «action mandat» ودعوى الحلول «action en subrogation» إلى أن جاءت المادة 172 فرنسي[38] -المقابلة للمادة 221 مغربية- التي أعطت للموفي بالتدخل دعوى صرفية خاصة.

ولا يمكن في نطاق هذه الدعوى الصرفية الخاصة الدفع ضد المتدخل بالدفوع الشخصية العائدة إلى العلاقة بالحامل، أو الحملة أو الساحب مثلا.

ونشير في نهاية الكلام عن الوفاء بالتدخل، إلى أنه يجب أن يثبت الوفاء عن طريق التدخل بإبراء ذمة أو مخالصة «acquit» يحرر على الكمبيالة مع تعيين اسم الشخص الذي حصل الوفاء لمصلحته، فإذا لم يرد هذا التعيين اعتبر الوفاء حاصلا لمصلحة الساحب (الفقرة الأولى من المادة 220). ويعتبر الرأي الغالب أن قرينة الوفاء في هذه الحالة قطعية، لا تقبل إثبات العكس، إلا أننا وتمشيا مع مواقفنا المرنة، كنا نفضل أن تكون قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بتقصي القصد الحقيقي لإرادة الموفي بالتدخل.

ويجب أن تسلم الكمبيالة، بعد أن يوقع على الإبراء الحامل أو وكيله ومحرر الاحتجاج أو البروتستو إذا كان محررا، إلى الموفي بالتدخل أو الواسطة (المادة 220 ف2).

ويعتبر تاريخ الإبراء نافعا، بالرغم من أن القانون لم يشترطه، إذ يمكننا من معرفة ما إذا كان الوفاء بالتدخل قد وقع في وقته أم لا، لأن الفقرة الثالثة من المادة 217 تنص على وجوب وقوع الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم يجوز فيه إجراء احتجاج عدم الوفاء.

38. روني روبلو : المرجع السابق، صفحة 306، بند 354.

الفرع الثاني

تعدد النظائر والنسخ

لم تغب عن قانون جنيف الموحد ؛ والقانون المغربي الذي أخذ عنه نظام الأوراق التجارية ؛ مسألة تعدد النظائر والنسخ، التي تشكل وسيلة ناجحة للتغلب على ضياع الكمبيالة أو سرقتها.

وسنحاول أن نعالج هاتين المؤسستين القانونيتين بإيجاز في مبحثين :

نخصص الأول لتعدد النظائر، والثاني للنسخ.

المبحث الأول

تعدد النظائر

«la pluralité d'exemplaires»

إذا كان تعدد النظائر يحل إشكالية ضياع أو سرقة الكمبيالة، فهو بدوره يخلق كثيرا من الإشكاليات والمفاجآت، التي اضطر معها القانون الموحد، والقانون المغربي الذي يأخذ عنه، إلى إيجاد بعض الحلول التي تحول دون الوفاء مرتين أو أكثر بمبلغ كمبيالة واحدة، نتيجة لظروف خارجية كاللبس أو التحايل أو غيرهما من الظروف التي قد تكتنف الوفاء، حلول قد يراها البعض ترقيعية، والبعض الآخر ناقصة، والبعض الآخر يراها تتناسب مع ما يتميز به قانون الصرف من صرامة وحماية للسرعة والائتمان.

وإذا كان لا يسحب في العادة أو الأصل من الكمبيالة إلا نظير واحد (أو كمبيالة واحدة) يتضمن البيانات القانونية اللازمة لصحته -المنصوص عليها في المادة 159 من قانون التجارة الجديد- ويكون كافيا للوفاء بالمبلغ، فإن الضرورة قد تدعو إلى سحب عديد من النظائر تستعمل عند الحاجة. فقد يضطر الحامل مثلا إلى استعمال النظير الثاني أو الثالث أو غيرهما في التظهير أو الخصم ربحا للوقت، عندما يجبر مثلا على إرسال الكمبيالة الأولى إلى المسحوب عليه قصد القبول في

موطن بعيد عن موطنه ؛ في مدينة أخرى، أو دولة أخرى، أو قد يتوقع أو يخشى فحسب ضياع الكمبيالة أو سرقتها التي أرسلت إلى المسحوب عليه إما برا أو بحرا أو جوا، فيطالب من باب الاحتياط بعدة نظائر تستعمل للوفاء في الوقت المناسب، إذ أن التشريع مراعاة منه للطابع الدولي للكمبيالة وللظروف أعلاه يجيز الوفاء استنادا إلى النظير الثاني أو الثالث أو الرابع أو غيره (المواد 190 إلى 195 من قانون التجارة الجديد).

وإذا كان يجوز سحب عدة نظائر من الكمبيالة متطابقة «identiques»، بناء على الفقرة الأولى من المادة 222 التي جاء فيها : «يجوز سحب في الكمبيالة في عدة نظائر متطابقة...» فلا يوجد ما يمنع من إيراد بيان اختياري في الكمبيالة، يفرض سحبها بنظير واحد ليس إلا. وبمعنى آخر، ان تعدد النظائر ليس من النظام العام لا الدولي ولا الداخلي، فهو نظام اتفاقي يحقق بعض المزايا، التي يخضع تقديرها لأطراف العلاقة، كتسهيل التداول، وعدم تأخير عمليات التظهير أو الخصم، أو التغلب على مشاكل ضياع الكمبيالة أو سرقتها.

وتؤكد هذا الطابع الاتفاقي الفقرة الثالثة من المادة 222 من قانون التجارة الجديد، التي ورد فيها : «... يجوز لكل حامل كمبيالة لم يرد فيها أنها سحبت بنظير واحد، أن يطلب تسليم نظائر متعددة على نفقته ...».

ويقوم الساحب بتحرير النظائر وتوقيعها ومنحها للحامل بناء على طلب منه، سواء كان ذلك عند إصدار الكمبيالة الأولى أوبعدها. وبعبارة ثانية، يجب على الساحب، إن لم تكن الكمبيالة الأولى تتضمن البيان الاختياري «بنظير واحد» أن يسلم لأي حامل كان، وفي أي وقت كان، عدة نظائر على نفقته.

ويتعين على الحامل الذي ينوي استعمال حقه في الحصول على نظير أو عدة نظائر، أن يوجه طلبه إلى من ظهر له الكمبيالة، ويلزم هذا الأخير بأن يمد له يد المساعدة ؛ ليطالب مَنْ ظهر له بدوره الكمبيالة، وهكذا تتصاعد الطلبات حتى نصل إلى الساحب.

ويُشْتَرط أو يتعين على المظهرين أن يُكَرِّروا تحرير تظهيراتهم على هذه النظائر الجديدة (الفقرة الثالثة من المادة 222)؛ وكذلك الضامنون الاحتياطيون، والمتدخلون إما لقبول الكمبيالة أو للوفاء بمبلغها، وان كان النص ساكتا.

ويجب أن تكون جميع التوقيعات حقيقية، سواء تعلق الأمر بتوقيع الساحب أو توقيع المظهرين، لأن كل النظائر متماثلة أو متطابقة «identiques» وجودا وقانونا، وهذا ما يفرقها عن النسخ، التي نكتفي فيهابتصوير أو نسخ التظهيرات عن طريق الكتابة، كأن نقول ظهرها فلان وفلان وفلان، أو تحمل ثلاثة تظهيرات هي لفلان وفلان وفلان. وبعبارة ثانية، فإن لم يقع التوقيع أو الإمضاء الحقيقي أو الأصلي انقلبت النظائر إلى مجرد نسخ.

ولم يتعرض المشرع إلى الأثر أو الجزاء الذي ينبغي تطبيقه على الساحب أو المظهر الذي يرفض الاستجابة لطلب الحامل، وقد أجمع الفقه أمام هذا السكوت على أن الجزاء يقتصر على أداء تعويضات كافية لجبر الأضرار التي لحقت الحامل المطالب بالنظير.

ولقد حاول التشريع، تأثرا بالقانون الموحد، معالجة إشكاليات تعدد النظائر بطرق وإجراءات حمائية، يكون من شأنها إن توفرت، أن تقوم هذه المؤسسة القانونية صحيحة أولا، والتقليل ثانيا من أخطار تعدد النظائر، وما قد يحوطها من غش وتحايل ضد الغير على الأقل.

ويشترط لصحة النظير، أن يذكر رقمه في متن -أو صلب- الكمبيالة، حتى لا يظن الغير بأن الكمبيالة التي بين يديه كمبيالة مستقلة وجديدة، كأن يقال «ادفع مقابل هذا النظير الثاني أو الثالث أو الرابع أو غيره» فإن تخلف ترقيم أي نظير اعتبر كمبيالة مستقلة (الفقرة الثانية من المادة 222) أو جديدة.

واختلف حول ضرورة ترقيم الكمبيالة الأولى (التي يطلق عليها البعض الأصلية، في حين لا نراها كذلك لأن جميع الأوراق أو الكمبيالات متماثلة ومتطابقة)، فالبعض يرى أن يذكر رقم كل نظير في صلب أو متن الكمبيالة ولو كانت الأولى (الأصلية)، كان يقال مثلا «ادفعوا بموجب هذه الكمبيالة الأولى ... ادفعوا بموجب هذا النظير الثاني من الكمبيالة»[39] ويرى البعض الآخر عكس ذلك ؛ لأن الكمبيالة الأولى قد تسحب بمعزل عن النظائر، وفي أي وقت سابق عنها، مما يتعذر معه ترقيمها[40].

39. العبيدي : الأوراق التجارية في التشريع المغربي القديم المنسوخ، صفحة 69 وهو الذي يطلق على الكمبيالة الأولى : الأصلية.

40. بول شوفو : المرجع السابق صفحة 47 بند 62.

ونؤيد الرأي الثاني، لأنه يميز من جهة بين الكمبيالة الأولى والنظائر، ومن جهة أخرى، لأنه ينسجم مع حق أي حامل في أن يطلب نظائر في أي وقت، وقد يختلف وقت إصدار الكمبيالة الأولى عن وقت طلب النظائر، فيستحيل ترقيمها، خاصة ان كانت هذه الكمبيالة الأولى لدى مسحوب عليه في موطن بعيد، كما أن عبارة النظير الثاني تفيد ضمنيا وجود النظير الأول، ولو لم يقع ترقيمه بالرقم الأول، وان عبارة النظير الثالث تفرض وجود الثاني والأول وهكذا دواليك ! وإن كان لا يوجد ما يمنع من ترقيم الكمبيالة الأولى لأن هذه القواعد ليست من النظام العام.

ولم يفرض القانون ذكر العدد النهائي للنظائر «le nombre total» في متن أو صلب الكمبيالة الأولى وبقية النظائر، كان يقال مثلا «سحب من هذه الكمبيالة أربعة نظائر أو ستة أو غيره» إلا أنه لا يوجد ما يمنع من التنصيص على ذلك، درءا لأخطار الغش أو التحايل أو غيرهما.

ونعتقد بسلامة هذا الموقف، لأن ذكر العدد النهائي من النظائر في متن أو صلب الكمبيالة يحد من حرية الحامل، أي يحرمه من طلب نظائر إضافية عند الحاجة، تزيد على العدد المذكور، خاصة أن بعض التشريعات التي فرضت ذكر العدد النهائي -حالة القانون المصري، الذي لا يأخذ بقانون جنيف الموحد- لم ترتب عن تخلفه البطلان أو اعتبار الكمبيالة مستقلة أو جديدة، وإنما حملت الساحب المسؤولية عن تعويض الأضرار التي قد تلحق المسحوب عليه إذا دفع قيمة الكمبيالة أكثر من مرة.

ويلاحظ أن المشرع المصري والعراقي استعملا اصطلاحات غير دقيقة بإطلاق النسخ على النظائر[41]، وبإطلاق الصور على النسخ[42].

ولقد حدد مصطفى كمال طه موقف القانون المصري، الذي يلزم ذكر العدد النهائي للنسخ (أي النظائر) بقوله : «إذا حررت الكمبيالة من عدة نسخ يجب أن يذكر في كل واحدة منها عدد هذه النسخ (م 105، فقرة أ تجاري). فلو حررت الكمبيالة من ثلاث نسخ مثلا يذكر في النسخة الأولى «ادفعوا بمقتضى هذه النسخة الأولى، والنسختان الثانية والثالثة باطلة»، أو «ادفعوا بمقتضى هذه النسخة الثانية، والنسختان الأولى والثالثة باطلة» وهكذا، وبذلك يكون الحامل على بينة من الأمر، فإذا

41. طه المرجع السابق صفحة 56.

42. علي سلمان العبيدي : الأوراق التجارية في القانون العراقي صفحة من 162 إلى 172 فقرة 150.

كانت بيده النسخة الثالثة فإنه يعرف أن هناك نسختين أخريتين من الكمبيالة، ومن الحكمة في هذه الحالة ألا يرتضي هذه النسخة الثالثة إلا إذا عرف مصير النسختين الأخريتين. كما أن المسحوب عليه يكون على علم بعدد النسخ، فلا يعتقد أن كل نسخة تمثل حقا مستقلا قائما بذاته. فيتفادى بذلك دفع قيمة الكمبيالة أكثر من مرة، وإذا لم يذكر عدد النسخ في الكمبيالة على الوجه المتقدم، فإنها لا تكون باطلة، وإنما يكون الساحب مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يلحق المسحوب عليه إذا دفع قيمة الكمبيالة أكثر من مرة»[43].

ويصعب علينا في الحقيقة تصور وفاء المسحوب عليه بالكمبيالة أكثر من مرة، لأن القانون أوجب أن يذكر على ذات الكمبيالة رقمها، فإن وفّى بمقتضى الكمبيالة الأولى رفض النظير الثاني أو الثالث أو غيرهما، وإن وفّى بمقتضى النظير الثاني رفض الوفاء بالكمبيالة الأولى وببقية النظائر، ما لم تكن موقعة على ما سوف نرى، علما بأن القانون أوجب على التجار من جهة أخرى أن يمسكوا دفاتر تجارية، يقيدون فيها يوما بيوم أوشهرا بشهر العمليات التي يباشرونها، زد على أن قانون الصرف رتب نظاما للمساءلة سنعرضه بعد قليل.

ولا يشاطر بعض الفقهاء رؤيتنا هاته، بل ذهب الحال ببعضهم إلى حد التأسف على عدم أخذ قانون جنيف الموحد بفكرة ذكر العدد النهائي للنظائر، دفعا للتلاعب على رأيهم، إذ من الجائز كما جاء في كتاب الأستاذ العبيدي : «تظهير النظير الأخير إلى شخص آخر، غير الشخص الذي ظهرت له النظائر الأخرى، وفي هذه الحالة يتحمل المظهر سيء النية مسؤولية الالتزام الصرفي بمقتضى كمبيالة مستقلة، إلا أنه قد لا يكون مليئا قادرا على الدفع ... وأن حامل الكمبيالة الذي يريد خصمها يفضل أن تكون جميع النظائر الصادرة بين يديه دفعا لمزاحمة حامل لنظير آخر منها...»[44].

ونعتقد حتى في ظل هذا التفكير احتمال ادعاء أحد المظهرين ضياع نظير أو نظيرين على سوء نية فنقع في النازلة أو الاحتمال نفسه.

ونفضل لكل هذه الأسباب المرونة التي اتسم بها قانون الصرف، عندما جعل ذكر العدد النهائي للنظائر أمرا اختياريا وليس من النظام العام، وبمعنى آخر، أن

43. المرجع السابق صفحة 56.

44. الأوراق التجارية في التشريع المغربي القديم، صفحة 69 و 70.

ذكر العدد النهائي للنظائر مجرد رخصة للأطراف تقدير ظروف وحيثيات استعمالها.

ويلزم كل موقع على النظائر، سواء كان الساحب، أو المسحوب عليه، أو المظهر أو الضامن الاحتياطي، أو المتدخل بمراقبة استعمال هذه النظائر ؛ ويتحمل بالمسؤولية إن وفّى بأحدهما ولم يقم باسترجاع بقية النظائر التي تحمل توقيعاته، أي يمكن أن يلزم بالوفاء مرة ثانية أو ثالثة، وبمعنى آخر، ترد على المبدأ العام الوارد في المادة 223 من قانون التجارة الجديد والقاضي باعتبار الوفاء بأحد النظائر يبرىء الذمة، ولو لم يشترط أن هذا الوفاء يبطل أثر النظائر الأخرى، وفقا للقاعدة أعلاه، الاستثناءات التالية :

أ- يبقى المسحوب عليه الذي قام بالوفاء بناء على أحد النظائر ملزما بالوفاء للحامل حسن النية بسبب كل نظير مقبول لم يباشر استرجاعه.

ب- يبقى المظهر الذي نقل النظائر إلى أشخاص مختلفين ملزما إزاء الحامل حسن النية بسبب كل النظائر التي تحمل إمضاءاته أو توقيعه[45]، ان لم يقم باسترجاعها.

ج- يقع الالتزام نفسه على المظهرين اللاحقين للمظهر الذي قام بعملية النقل.

د- تطبق نفس القواعد على الضامن الاحتياطي، والمتدخلين وإن كان النص ساكتا عن هذه المسألة (تطبيقا للمادة 180 ف7، والمواد 217 إلى 221).

ويظهر من هذه القواعد أن من مصلحة الحامل الشرعي، أن يحتفظ لنفسه بالنظير الذي يحمل القبول، أي توقيع المسحوب عليه، أو يبحث عن حيازته له، لأن النظير المقبول هو الأولى بالوفاء، بمعنى، أن المسحوب عليه، وإن كان له أن يرفض الوفاء بالنظائر التي لا تحمل توقيعه، فلا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يرفض الوفاء بالنظير المقبول من طرفه.

ويدخل في نطاق هذه الأهمية وما يبررها أن المادة 224 توجب على من وجه أحد النظائر للقبول، أن يبين على النظائر الأخرى اسم الشخص الذي يوجد بين يديه ذلك النظير المقبول، حتى يتأتى للحامل الشرعي أن يطالبه بتسليمه إياه، وبعبارة النص يكون من واجب الشخص المشار إليه الذي بيده النظير (المقبول) أن يسلمه للحامل الشرعي لنظير آخر إلا أنه غير مقبول.

---

45. وان جاءت خاطئة في النص بصياغة الجمع «توقيعهم»

ولا يجوز للحامل القيام بأية مقاضاة أو الرجوع، إن وقع الامتناع عن تسليم هذا النظير المقبول، إلا بعد أن يثبت بواسطة إحتجاجين «double protêt»، يتعلق الأول بعدم إرجاع النظير الموجه للقبول إليه حسب طلبه، والثاني بعدم تمكنه من الحصول على القبول أو الوفاء بنظير آخر (المادة 224 ف2).

ويوجه الاحتجاج الأول ضد الشخص المذكور اسمه في النظائر، الذي يوجد بين يديه النظير المقبول، سواء كان المسحوب عليه أو غيره، وسواء كان لديه النظير المقبول أو لم يكن لديه، ويوجه الاحتجاج الثاني ضد المسحوب عليه في كل الأحوال.

المبحث الثاني

تعدد النسخ

«la pluralité des copies»

يقوم إلى جانب نظام النظائر (المواد 222 إلى 224 من قانون التجارة الجديد) ؛ نظام النسخ (المادتان 225 و 226).

وتختلف النسخ عن النظائر من عدة وجوه هي التالية :

أ- يقوم بإعداد أو إنشاء النسخ الحامل دون ما حاجة إلى إذن الساحب أو مساعدته، ولا حتى مساعدة المظهرين وفقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 225 التي جاء فيها : «لكل حامل كمبيالة الحق بأن يقيم منها نسخا».

ويمكن أن تصدر النسخ من الساحب إذا كان ساحبا ومستفيدا أو حاملا في آن واحد، أي يحق له أن يقوم في هذه الحالة بما يمكن أن يقوم به أي حامل أو مستفيد.

أما النظائر فلا يمكن أن تحرر في الأصل إلا من طرف الساحب ما لم يكن ساحبا وحاملا أو مستفيدا في آن واحد، وبعون من المظهرين وفقا للفقرة الثالثة من المادة 222 التي جاء فيها : «يجوز لكل حامل كمبيالة لم يرد فيها أنها سحبت بنظير واحد، أن يطلب تسليم نظائر متعددة على نفقته، ويتعين عليه لأجل ذلك، أن يوجه طلبه لمن ظهر له الكمبيالة، ويلتزم هذا بمساعدته لمطالبة من ظهر له بدوره، وهكذا تصاعدا حتى الوصول إلى الساحب، ويتعين على المظهرين أن يكرروا تحرير التظهيرات على

النظائر الجديدة».

ب- لا يشترط أن تحمل النسخ إمضاءات الموقعين على الكمبيالة الأصلية، سواء تعلق الأمر بإمضاء الساحب أو إمضاء المسحوب عليه، أو المظهرين، وإنما يكفي أن يشهد الحامل الناسخ تحت مسؤوليته بمطابقة النسخة للأصل، وأن يُضمنها التظهيرات، وكل التقييدات الأخرى الموجودة في هذا الأصل، وأن يبين إلى أين انتهت النسخة، كان يقول انتهت بتظهير فلان، وضمان فلان، وتدخل فلان، وبالبيانات الاختيارية الآتي ذكرها «المحل المختار كذا ... والرجوع بلا مصاريف وغيرها» (الفقرة الثانية من المادة 225).

أما النظائر فلا تعتبر نظائر إلا إذا كانت تحمل توقيع الساحب وتوقيع المظهرين (المادة 222)، توقيعات حقيقية، أصلية لأن جميع النظائر يجب أن تكون متماثلة أو متطابقة «identiques» وإلا كانت مجرد نسخ.

ج- لا يمكن أن يقع الوفاء نهائيا بناء على النسخة «copie»، وإنما يقع بناء على الأصل «l'original» فحسب، تفاديا للوفاء أكثر من مرة كما يظهر ذلك من المادة 226 ف1 التي جاء فيها : «ويجب أن يعين في النسخة حائز الأصل ومن واجب هذا الأخير أن يسلمه لحامل النسخة الشرعي».

أما الوفاء بالنظير فجائز سواء كان النظير الأول أو الثاني أو الثالث أو الرابع أو الخامس أو غيره، وفقا للفقرة الأولى من المادة 223، التي جاء فيها : «إن الوفاء بأحد النظائر يبرىء الذمة، ولو لم يشترط أن هذا الوفاء يبطل أثر النظائر الأخرى، لكن المسحوب عليه يبقى ملزما بسبب كل نظير مقبول لم يسترجعه».

د- تعتبر النسخ أكثر سرعة وأقل تأخيرا ونفقة من النظائر، باعتبار أن القانون يجيز للحامل أن ينشىء نسخا متى يريد، ويجيز له تظهيرها متى يريد، وضمانها ضمانا احتياطيا كالأصل نفسه من حيث الكيفية والآثار (الفقرة الثالثة من المادة 225).

أما الحصول على النظائر فيتطلب وقتا أطول، يفرضه تسلسل التظهيرات، ومساعدة المظهرين ؛ بحيث يلزم الحامل أن يوجه الطلب إلى من ظهر له الكمبيالة، وهذا يطالب من ظهر له، وهكذا تصاعدا حتى نصل إلى الساحب، والكل على نفقة هذا الحامل، مما يجعل نفقة الحصول على النظير أعلى من نفقة الحصول على النسخة. زد على ذلك ما قد يكتنف عمليات وصفقات الحامل من تأخير وتعطيل.

هـ- إذا كانت النسخ أكثر سرعة، وأقل نفقة من النظائر، فإنها على العكس من ذلك أقل ائتمانا وأمانا منها مما ينعكس سلبيا على تداولها خاصة، وعلى الائتمان عامة.

وتبدو مظاهر القوة في النظائر، كونها تحمل توقيع الساحب، والمظهرين وحتى توقيع المسحوب عليه ان كان قد قبلها، ويسأل كل من الساحب والمسحوب عليه القابل والمظهرين عن كل النظائر التي تحمل توقيعاتهم، إن لم يقوموا باسترجاعها بعد الوفاء، ويقع الالتزام نفسه على المظهرين اللاحقين، كما أن الوفاء بأحد النظائر يعد وفاء صحيحا ومبرئا للذمة.

أما في النسخ فلا يسأل تجاه الحملة اللاحقين «les porteurs subséquents» إلا الشخص الذي يسلم النسخة، والمظهرون اللاحقون لإنشائها «les endosseurs ultérieurs» أما الموقعون السابقون «les signataires antérieurs» فلا يسألون إلا وفقا للأصل الذي يحمل إمضاءاتهم[46].

و- يكفي الحامل الشرعي للنسخة لمقاضاة المظهرين، أن يقيم احتجاجا واحدا، هو احتجاج عدم تسليمه الأصل عند المطالبة به ليس إلا، (المادة 226 ف2). في حين يلزم الحامل الشرعي للنظير أن يقيم احتجاجين «double protêt» الأول احتجاج عدم إرجاع النظير الموجه للقبول إليه، والثاني احتجاج عدم تمكنه من الحصول على قبول نظير آخر، أو الوفاء بناء عليه (المادة 224)، لأن الوفاء بالنظائر، وقبولها جائزين، ومنظمين قانونا (المادة 223)، في حين لا يجوز في نظام النسخ الوفاء إلا بناء على الأصل «l'original». وبعبارة ثانية، ما كان يمكن إلزام الحامل الشرعي للنسخة بإقامة احتجاج ثان، احتجاج عدم قبول النسخة أو عدم الوفاء بها ضد المسحوب عليه، لأن الوفاء لا يمكن أن يقع إلا بناء على هذا الأصل.

ولا تختلف الأسباب الداعية إلى إنشاء النسخ عن الأسباب الداعية إلى إنشاء النظائر، التي تعرضنا إليها سابقا، كالخوف من ضياع الكمبيالة أو سرقتها، أو تحقيق سرعة التداول أو الخصم أو الضمان الاحتياطي أو غيره، ويكتنف إنشاء النسخ ما يكتنف إنشاء النظائر من أخطار احتمال الغش أو التحايل، لذلك عمد القانون إلى وضع نظام يحكم صحتها، وآثارها، وعلاقة أطرافها ومسؤوليتهم إزاء بعضهم البعض، وتجاه الغير نتعرض إليه في الموجز التالي.

46. راجع في هذا الشأن بول شوفو : المرجع السابق صفحة 49 بند 66.

ويجب أن تتضمن النسخة، سواء كَانَ النَّسْخُ بخط يد الحامل، أو بالآلة الكاتبة أو الراقنة، أو بالتصوير الفوتغرافي -وتسمى في المغرب بالنسخ نسبة إلى النسخ باليد أو بالآلة، وفي العراق بالصور نسبة إلى التصوير بالآلة الفوتغرافية- التظهيرات، وكل التقييدات أو البيانات الأخرى الموجودة في الكمبيالة الأصلية، وأن يبين فيها إلى أين انتهى النسخ (المادة 225)، كان يقال انتهت هذه النسخة بتظهير فلان أو ضمان فلان، أو تدخل فلان، أو بالبيان الفلاني، وأن يعين على النسخة ذاتها الشخص الحائز للأصل، وبمعنى آخر، يجب أن تطابق النسخة الأصل تمام المطابقة (المادة 225).

ولا غنى للحامل الناسخ عن ذكر كلمة نسخة «copie» وحدود انتهاء التقييدات والتظهيرات المنقولة عن الأصل على النسخة نفسها، فإن تخلفت كلمة نسخة كان الصك مجرد ورقة عرفية مستقلة، قد تكون تجارية أو مدنية حسب الأحوال، أما إذا كان هذا الصك يحمل كلمة نسخة، دون أن يذكر فيه إلى أين انتهت هذه النسخ اعتبر هذا الصك نسخة لكامل الكمبيالة الأصلية[47].

ويمكن للحامل أن يظهر النسخة وللضامن الاحتياطي أن يضمنها، ويكون هذا التظهير وهذا الضمان الاحتياطي كالتظيهر والضمان الواقعين على الأصل نفسه من حيث الكيفية والآثار (المادة 225 ف3)، الناجمة عنهما، بمعنى يجوز للحامل إن لم يوف أو يؤد المسحوب عليه المبلغ الثابت على الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق أن يقاضي جميع الموقعين على النسخة وجميع الموقعين على الأصل.

ولا يمكن أن يقع الوفاء للحامل الشرعي إلا بعد تقديم الأصل مرفقا بالنسخة أو النسخة مرفقة بالأصل إلى المسحوب عليه، وهذا ما حذا بالمشرع إلى أن يشترط تعيين حائز الأصل على النسخة ذاتها ؛ وأوجب على هذا الحائز أن يسلم هذا الأصل إلى الحامل الشرعي عند طلبه، فإن رفض تحمل بالتعويضات العادلة، أما الحامل الشرعي للنسخة، فلا يمكن له في هذه الحالة مقاضاة المظهرين والضامنين الاحتياطيين للنسخة إلا بعد أن يثبت بالبروتستو أو الاحتجاج أن الأصل لم يسلم إليه بناء على طلبه (الفقرة الثانية من المادة 226).

ويسوغ لحامل الأصل «porteur de l'original» أن يحد من أخطار التداول المزدوج للأصل والنسخة في آن واحد -هذا التداول الذي يهدد مصالحه ويهدد

47.روني روبلو، المرجع السابق، صفحة 144، بند 163.

المدينين- إلى أشخاص مختلفين، وذلك بأن يدرج على إثر آخر تظهير حرر قبل إقامة النسخة، شرطا بالعبارة التالية : «لا يصلح التظهير من الآن فصاعدا إلا على النسخة» أو أية عبارة أخرى مماثلة لها (الفقرة الثالثة من المادة 226).

ويعتبر كل تظهير يقع بعد هذا الشرط على الأصل باطلا وكان لم يكن وفقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 226 التي جاء فيها : «إذا كان الأصل يحمل على إثر آخر تظهير حرر قبل إقامة النسخة عبارة «لا يصح أو لا يصح التظهير من الآن فصاعدا إلا على النسخة» أو أية عبارة أخرى مماثلة لها، كان كل تظهير محرر على الأصل بعد ذلك باطلا».

ويرتب الفقه قياسا على مسؤولية مظهري النظائر الواردة في المادة 223 مساءلة مظهري عدة نسخ إلى عدة أشخاص مختلفين إن لم يقوموا بعد الوفاء باسترجاع النسخ التي تحمل توقيعاتهم[48]، وقد جاء في هذه الفقرة الثانية من المادة 223 من قانون التجارة الجديد ما يلي : «ويكون المظهر الذي نقل النظائر إلى أشخاص مختلفين، ملزما بسبب كل النظائر التي تحمل توقيعه، ولم تسترجع، ويقع الالتزام نفسه على المظهرين اللاحقين».

الفرع الثالث

المقاضاة أو دعوى الرجوع الصرفية

«les recours du change»

إذا كان الحامل يملك في الأصل دعوى مباشرة ضد جميع الملتزمين الموقعين على الكمبيالة، سواء كانوا مدينين أصليين رئيسيين، أو مدينين بالتبعية، فإن القواعد المنظمة لهذه الدعوى، تختلف باختلاف ما إذا كانت موجهة ضد المسحوب عليه القابل، أو ضد الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، باعتبارهما مدينين أصليين رئيسيين «débiteurs principaux» أو كانت موجهة ضد الساحب الذي قدم مقابل الوفاء والمظهرين الضامنين وضامنيهم الاحتياطيين باعتبارهم مدينين أصليين من الدرجة الثانية، الذين يطلق عليهم بول شوفو «paul chauveau» التبعيين أو المدينين

48. راجع كذلك العبيدي : الأوراق التجارية في القانون المغربي القديم صفحة 77.

بالتبعية «débiteurs accessoires»[49] اختلاف يجعل الدعوى الموجهة ضد الضامنين «les garants» أخف وطأة، وأقل إرهاقا في تقادمها «prescription» وسقوطها «déchéance»، وأكثر إجراءات واحتياطات تبرز خاصة في إقامة الاحتجاجات «protêts» والاخطارات وغيرهما من الإجراءات الدقيقة.

وتتناول هذا الفرع في ثلاثة مباحث نخصص المبحث الأول للرجوع على الساحب والمظهرين الذين يُطلق عليهم الضامنين، والثاني للرجوع على المدينين الأصليين أو الرئيسيين، والثالث للدعوى الأصلية.

المبحث الأول

الرجوع الصرفي على الضامنين

«les garants»

لا يختلف الرجوع الصرفي لعدم الوفاء كثيرا عن الرجوع أو المقاضاة عند عدم القبول؛ مما سيجعلنا نعالج هذا الموضوع بتفصيل أكثر لأن إجراءاته تشمل الدعويين معا[50].

وسنتعرض لهذا المبحث في البنود التالية :

البند الأول : لحالات الرجوع أو المقاضاة.

البند الثاني : للاحتجاج أو البروتستو.

البند الثالث : للإجراءات الخاصة بدعوى الرجوع.

البند الرابع : لسقوط حق الرجوع للإهمال.

49. المرجع السابق صفحة 164، بند 250.

50. راجع صفحة من 187 إلى 192 من هذا الكتاب.

البند الأول

حالات الرجوع الصرفي أو المقاضاة

يخول رفض أو امتناع المسحوب عليه الوفاء في تاريخ الاستحقاق، أو الامتناع عن القبول، للحامل أن يرجع أو يقاضي الضامنين من ساحب ومظهرين وفقا للمادتين 196 و 201 من قانون التجارة الجديد.

ولن نتعرض هنا لإجراءات الرجوع على الساحبين الذين لم يقدموا مقابل الوفاء، والمسحوب عليهم القابلين للكمبيالة، لأننا سنخصص لهما المبحث الثاني، ولا للضامنين الاحتياطيين، الذين عولجت إشكالياتهم وطرق وإجراءات وآثار مقاضاتهم في الفرع الخامس الخاص بالضمان الاحتياطي[51].

ويقع الرجوع على الضامنين في الحالات الآتية :

1- إذا لم يقم المسحوب عليه بالوفاء في تاريخ الاستحقاق، وهو ما يُطلق عليه عادة الرجوع عند تاريخ الاستحقاق (المادة 196 من قانون التجارة).

ويتطلب هذا الرجوع تقديم الكمبيالة للوفاء في التاريخ القانوني، وإقامة احتجاج عدم الوفاء، ما لم تكن الكمبيالة تحمل شرط «الرجوع بلا مصاريف» أو «الرجوع دون احتجاج».

ويترتب على إهمال هذه الإجراءات سقوط حق الحامل في الرجوع على هؤلاء الضامنين.

ويبقى حق الحامل في ممارسة هذه الدعوى الصرفية سواء ضد الساحب أو المظهرين قائما خلال المدة السابقة عن التقادم، وبمعنى آخر، أن هذا الحق لا ينطفئ أو يندثر إلا إذا أدركه التقادم، أي بمضي سنة واحدة تبدأ من تاريخ الاحتجاج أو البروتستو المحرر ضمن الأجل أو المهلة القانونية، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف (المادة 228 ف 2).

2- يمكن للحامل أن يمارس حق الرجوع الصرفي على الضامنين ولو قبل تاريخ الاستحقاق ؛ وما دام الأمر يتعلق بحق، فللحامل الخيرة في ممارسة دعوى الرجوع الصرفية قبل تاريخ الاستحقاق، أو ينتظر تاريخ الاستحقاق

51. راجع صفحة من 195 إلى 228 من هذا الكتاب.

لممارستها إن قدر مثلا احتمال تغير الظروف أو لغيره من الأسباب الذاتية الخاصة.

ويتبين من فحص حالات الرجوع قبل تاريخ الاستحقاق، أنها إما تتعلق برفض أو امتناع المسحوب عليه القبول الكلي أو الجزئي للكمبيالة -المبلغ الكلي أو الجزئي-، أو تتعلق بإعساره «l'insolvabilité» الذي جعله غير قادر على سداد الديون المستحقة عند الحلول، ويعرضه لحكم التسوية القضائية أو التصفية القضائية (المادة 196 و 560) إن كان تاجرا أو حرفيا أو شركة تجارية أو ما يُصطلح عليه بمساطر معالجة صعوبات المقاولة.

ونرى من خلال قراءة نص المادة 196 من القانون التجاري أن هذه الحالات هي التالية :

أ- امتناع المسحوب عليه عن قبول الكمبيالة إما قبولا كليا أو قبولا جزئيا :

ينبغي أن تتوفر هنا كذلك عديد من الشروط، نذكر من بينها ألا يكون في الكمبيالة شرط يحظر تقديمها للقبول، وأن يقع الرفض الفعلي للقبول الكلي أو الجزئي (المادة 196)، ويعد بمثابة رفض القبول، القبول الشرطي أو المشروط (الفقرة الثالثة من المادة 176) ؛ والقبول بتغيير بيانات الكمبيالة (الفقرة الرابعة من المادة 176 من قانون التجارة الجديد)، وعدم معرفة موطن المسحوب عليه أو تغييره من طرف هذا الأخير. وأن يعمل الحامل على إقامة احتجاج عدم القبول في الأجل القانوني ما لم يكن في الكمبيالة شرط يخالف ذلك كشرط «الرجوع بلا مصاريف» أو «الرجوع دون احتجاج» على أن احتجاج عدم القبول هذا يغني عن تقديم الكمبيالة للوفاء وعن إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء (المادة 197 و 200).

وإذا وقع قبول جزئي للكمبيالة وفقا للفقرة الثالثة من المادة 176 من قانون التجارة الجديد، كان على الحامل إقامة احتجاج عدم القبول بالنسبة للجزء الباقي حتى يتأتى له الرجوع بالجزء الذي رُفِض قبوله على الضامنين وبقية الملتزمين، ولا يغني احتجاج عدم القبول الجزئي، عن تقديم الكمبيالة للوفاء واحتجاج عدم الوفاء بالنسبة للجزء غير المقبول[52].

ويخضع الرجوع بعد القبول الجزئي إ ن وقع لإجراءات دقيقة تهم خاصة من وفّى المبلغ الذي لم يقع بشأنه قبول، حيث يجوز له أن يطالب بذكر هذا الوفاء على

52. راجع كذلك روني روبلو : المرجع السابق صفحة 311، بند 359.

الكمبيالة ذاتها، وأن تُعطى له مخالصة بالوفاء، وعلاوة على ذلك يتعين على الحامل أن يسلمه نسخة مشهودا بمطابقتها للكمبيالة، وكذا الاحتجاج قصد ممارسة المطالبات اللاحقة (المادة 205 من مدونة التجارة الجديدة).

ب- إذا أعسر المسحوب عليه التاجر أو الحرفي أو الشركة التجارية، بمعنى أصبح غير قادر على سداد الديون المستحقة عليه عند الحلول (المادة 560 من قانون التجارة الجديد)، لأن العُسر أو الإعسار «l'insolvabilité»، يُزعزع الثقة في التاجر أو الحرفي، ويشكك في ملاءة الذمة، والقدرة على الوفاء في تاريخ الاستحقاق.

ويفترض قيام هذا الاعسار أو العسر قانونا، إذا حكم على المسحوب عليه بالتسوية القضائية أو التصفية القضائية، سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو توقف عن دفع ديونه فحسب، سواء كانت تجارية أو مدنية (المادة 563) ولو لم يثبت هذا التوقف بواسطة حكم (الفقرة الثانية من المادة 196). أو وقع حجز على أموال المسحوب عليه دون جدوى (الفقرة ذاتها والمادة ذاتها).

وإذا كان يكفي الحامل لاستعمال حق الرجوع، أن يقدم في حالة التسوية القضائية أو التصفية القضائية حكم فتح هذه المسطرة (المادة 197 ف6)، فمن الواجب على هذا الحامل، خلافا لذلك، وقبل القيام بأية مقاضاة أو رجوع في حالتي توقف المسحوب عليه عن الأداء (أو الدفع)أو الحجز على أمواله دون جدوى، سواء كان هذا الأخير قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أن يقوم بتقديم الكمبيالة إلى المسحوب عليه للوفاء، وإقامة احتجاج عدم الوفاء إن لم يقع الوفاء بمبلغها (المادة 197 ف5).

ويجوز للضامنين الذين أقيمت ضدهم المقاضاة أو الرجوع هنا، أن يقدموا إلى رئيس المحكمة التجارية[53] الواقع ضمنها موطنهم خلال ثلاثة أيام من تاريخ الرجوع، عريضة يطلبون فيها آجالا للوفاء خروجا عن القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 231 (الفقرة الأخيرة من المادة 196).

ويسوغ للقاضي أن يصدر أمرا، إذا تبين له أن الطلب محق، يعين فيه الأجل أو الميعاد، الذي يجب فيه على هؤلاء الضامنين الوفاء بمبالغ الكمبيالة المعنية، على شرط ألا يتجاوز هذا الأجل الممنوح بهذه الكيفية أجل أو تاريخ الاستحقاق، ولا يقبل

53. طبقا للمادة 1 و 5 و 20 و 21 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية.

هذا الأمر لا التعرض ولا الاستئناف، (الفقرة الأخيرة من المادة 196).

ج- إذا حُكم على ساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول «lettre non acceptable» بالتسوية أو التصفية القضائية :

يترتب على الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية على ساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول (المادة 196 الفقرة الثانية) زعزعة الثقة في الساحب، والتأكد من عدم القدرة على الوفاء في تاريخ الاستحقاق، خاصة أن هذه الكمبيالة التي تتضمن شرط عدم التقديم للقبول تفيد ضمنيا عدم وجود مقابل الوفاء «la provision» لدى المسحوب عليه ؛ وبمعنى آخر، أن الحامل قد يوجد في وضعية تجعله غير متأكد من الحصول على مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق، فالساحب محكوم عليه بالتسوية أو التصفية القضائية، والمسحوب عليه غير قابل للكمبيالة ؛ ولا يستطيع تقديمها إليه للقبول، لوجود شرط عدم القبول، وهي حالة كافية في ظل المادة 196 للرجوع على الضامنين قبل تاريخ الاستحقاق.

ويلاحظ، أن المشرع استبعد هنا حالتي التوقف عن الدفع وحالة الحجز دون جدوى على أموال الساحب، اللتين أخذا بهما في حالة الحكم على المسحوب عليه، سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، دون أن نجد تبريرات معقولة لذلك، اللهم احتمال توقع أن يكون التوقف ناشئا عن أسباب اقتصادية أو قانونية عارضة لا تلبث أن تزول، أو أن المسحوب عليه قد يغير رأيه ويقبل الكمبيالة.

ويكفي الحامل هنا كذلك تقديم الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية لاستعمال حقه في المقاضاة كما هو الشأن بالنسبة للحكم على المسحوب عليه (الفقرة السادسة المادة 197).

ويجوز للضامنين الذين أقيمت ضدهم دعوى الرجوع كذلك، أن يطلبوا داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ الرجوع من رئيس المحكمة التجارية (المواد 1 و 5 و 20 و21 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية) واستثناء من القاعدة المنصوص عليها في المادة 231 ف2 تجاري أجلا للوفاء طبقا لما هو محدد في الفقرة الأخيرة من المادة 196 التي تعرضنا إليها سابقا.

ويجوز لكل ملتزم وقع ضده الرجوع أو كان معرضا له، أن يطالب في مقابل الوفاء تسليمه الكمبيالة مع الاحتجاج ومخالصة بما وفاه. ويجوز من جهة أخرى، لكل مظهر أدى الكمبيالة أن يشطب تظهيره والتظهيرات اللاحقة (المادة 204 من مدونة التجارة الجديدة).

البند الثاني

الاحتجاج أو البروتستو

نتناول هنا الاحتجاج أو البروتستو «protêt» وما يسبقه ويلحقه من إجراءات قانونية.

لا يمكن للحامل أن يرجع على الساحب الذي قدم مقابل الوفاء والمظهرين الضامنين إلا بعد اتخاذ إجراءات قانونية، يترتب على إهمال بعضها سقوط حقه هذا تجاههم، وهو ما يعرف في قانون الصرف بالحامل المهمل «porteur Négligent»، ويسقوط حق الرجوع بالإهمال «la déchéance des droits de recours» طبقا للمادة 206 من قانون التجارة الجديد).

وهذه الإجراءات هي التالية :

1- التقديم «la présentation» :

يجب على الحامل ليحافظ على حق الرجوع على الضامنين أن يقدم الكمبيالة للوفاء في تاريخ الاستحقاق طبقا لمقتضيات المادة 184 ف1 من قانون التجارة الجديد -ولا خيرة له في ذلك على عكس تقديم الكمبيالة للقبول، حيث يملك حق الاحتفاظ بالكمبيالة دون قبول إلى تاريخ الاستحقاق، ليقدمها مباشرة للوفاء- ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

وينبغي أن يقع هذا التقديم إن كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها، أو بعد مدة من تاريخ الاطلاع، إما في يوم الاستحقاق بالذات، وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له – التي سبق بيان كيفية حسابها[53][(2)] (المادة 184 ف1) أما إذا كانت واجبة الدفع بمجرد الاطلاع، وجب تقديمها في ظرف سنة من تاريخ تحريرها (المادة 182 ف1).

وأكدت هذه المبادىء القانونية أحكام القضاء المغربي في مدينتي الرباط والدار البيضاء كذلك، التي جاء فيها : «إذا كان صحيحا أن الحامل الذي لم يحترم أجل تقديم السفتجة قصد الحصول على مبلغها طبقا للمادة 151[54] من قانون التجارة،

53[(2)]. صفحة 246 إلى 248 من هذا الكتاب خاصة الهامش 17.

54. في ظل القانون القديم المنسوخ.

يفقد حقه في متابعة المظهرين ؛ فإنه يحافظ على حقوقه إزاء الساحب»[55].

وإذا كان شرط «الرجوع بلا مصاريف» أو «الرجوع دون احتجاج» لا يعفي الحامل من تقديم الكمبيالة للوفاء في الآجال المعينة ولا من الاعلامات الواجب عليه توجيهها (الفقرة الثانية من المادة 200 من قانون التجارة الجديد) فإن الحامل يعفى من التقديم القانوني للوفاء في ثلاث حالات هي التالية :

أ- إذا رفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة، ووقع إثبات هذا الرفض باحتجاج أو ابروستو عدم القبول (الفقرة الرابعة من المادة 197 من قانون التجارة). ولكن التقديم للوفاء يكون لازما بالرغم من الرفض، عندما يجيز هذا الحامل القبول بالتدخل، ولو أن النصوص ساكتة على غرار ما رأينا سابقا[56].

ب- يكفي تقديم حكم التسوية أو التصفية القضائية، لإجراء المقاضاة ضد المسحوب عليه، سواء كان قابلا أو غير قابل للكمبيالة، وضد ساحب الكمبيالة المشروط عدم تقديمها للقبول (الفقرة السادسة المادة 197).

ج- حالة قوة قاهرة تزيد عن ثلاثين يوما بعد الاستحقاق (المادة 207) ما لم تكن دعوى الرجوع موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة.

ويلزم أن يقع التقديم في المكان المبين في الكمبيالة[57] كمكان للوفاء، (الفقرة الخامسة من المادة 159)، فإن لم يقع هذا البيان الإلزامي، قدمت الكمبيالة للوفاء في موطن المسحوب عليه المبين في الكمبيالة وقت إصدارها، أو في أي موطن آخر معروف له، أو في المكان الذي يزاول فيه نشاطه، ويمكن أن يقع التقديم كذلك في المكان المختار (المادة 161 فـ4) أو في غرفة المقاصة (الفقرة الأخيرة من

55. صدر هذا الحكم في 6 يونيو 1958، ونشر في المجلة المغربية للقانون في 1 نوفمبر 1958، صفحة 415، تأييد استئنافي لحكم صدر عن ابتدائية البيضاء في 14 مارس 1957.
ويلاحظ أن هذا الحكم لم يشر إلى الفصل 149 تجاري مما يشكل ثغرة كان يلزم تلافيها.
ولم يُلحق بالساحب عبارة «الذي لم يقدم مقابل الوفاء».

56. راجع كذلك بول شوفو : المرجع السابق، صفحة 168، بند 257، وصفحة 177 إلى 181 و 182 إلى 192 من هذا الكتاب. وجاء في هذه الفقرة الرابعة ما يلي : «يغني احتجاج عدم القبول عن تقديم الكمبيالة للوفاء وعن احتجاج عدم الوفاء».

57. وهو بيان إلزامي، يترتب على تخلفه بطلان الكمبيالة، ما لم يذكر مكان إلى جانب اسم المسحوب عليه -ما لم يرد بالسند خلاف ذلك- فإن لم يعين مكان بجانب هذا الأخير اعتبر مكان الوفاء المكان الذي يزاول فيه نشاطه أو موطنه (المادة 160).

المادة 184). ويلزم الأخذ في الاعتبار المادة 10 من القانون المحدث للمحاكم التجارية عند الاقتضاء.

ويجب أن تقدم كذلك في موطن كل القابلين بالتدخل، الذين يوجد موطنهم في مكان الوفاء (المادة 218).

ويترتب عن عدم التقديم في الأجل القانوني سقوط حق الحامل في الرجوع على المظهرين والساحب الذي قدم مقابل الوفاء (المادة 206 من قانون التجارة الجديد) ويقع عبء إثبات مخالفة الآجال على من يتمسك ضد الحامل بوقوعها (الفقرة 3 من المادة 200).

2- الاحتجاج أو البروتستو لعدم الوفاء

: «le protêt faute de paiement»

يعتبر احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء[58] وثيقة رسمية إلزامية، وحجة قاطعة على أن المسحوب عليه رفض وفاء الكمبيالة التي قدمت إليه في تاريخ الاستحقاق، حجة تبعد عن الضامنين العنت والعسف والحرج من محاولات الحامل الاضرار بمركزهم القانوني أو الاقتصادي أو الاجتماعي بالرجوع عليهم قبل الرجوع على المسحوب عليه المدين الأصلي في الكمبيالة. كما يعتبر إجراء مشروعا ومعقولا وعادلا لفتح باب الرجوع أو المقاضاة ضد هؤلاء الضامنين.

ويعد احتجاج عدم الوفاء أيضا أداة فعالة ونهائية لتجسيد وتنفيذ الإجراءات الخطيرة ضد المدين، وناقوس خطر ضد الضامنين لإصلاح ما يمكن إصلاحه قبل فوات الأوان، كما أن وسائل الاعلام والشهر التي تلحقه تزعزع مركز المسحوب عليه الرافض، وتضر بمصالحه ومركزه وسمعته التجارية إن كان تاجرا، فضلا عما يتهدده من خطر التسوية أو التصفية القضائية.

ويحرر الاحتجاج أو يثبت في محرر رسمي من طرف مأمور أو عون كتابة ضبط المحكمة التجارية التي يوجد في دائرتها موطن الشخص الملزم بالوفاء، أو في آخر موطن معروف له وفي موطن الأشخاص المعينين في الكمبيالة كملزمين بالوفاء عند الاقتضاء، وفي موطن الشخص الذي قبل الكمبيالة على وجه التدخل (المادة 209) مع مراعاة أحكام المادة 10 من القانون رقم 53.95 القاضي بأحداث المحاكم التجارية

58. لن تتكلم عن احتجاج عدم القبول، الذي سبقت دراسته في صفحة 182 إلى 192 من هذا الكتاب.

عند الاقتضاء، وينهض محرر الاحتجاج، كما قلنا أعلاه، حجة قاطعة على التقديم والامتناع عن الوفاء، ولا يمكن أن يطعن فيه إلا بالزور (المادتان 197 و 209).

ويُعد هذه الوثيقة الرسمية في فرنسا إما موثق «notaire» أو محضر الإجراءات «huissier»، إلى أن هذه الحالة الأخيرة هي الغالبة[59].

لا يغني عن احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء في الأصل أي إجراء آخر، إلا أن هذه القاعدة أو الأصل ليست مطلقة، وإنما تخضع لاستثناءات طبقا لما نصت عليه المادة 211 من قانون التجارة التي جاء فيها : «لا يغني أي إجراء من طرف حامل الكمبيالة عن الاحتجاج إلا في الحالات المنصوص عليها في المواد 190 إلى 192[60].

ولكن توجد في الواقع حالات عديدة، على خلاف ظاهر النص يترتب على وقوعها إعفاء الحامل من إقامة احتجاج عدم الوفاء «le protêt faute de paiement»، وهذه الحالات أو الاستثناءات على نوعين، حالات أو استثناءات قانونية «légales» وحالات أو استثناءات اتفاقية «conventionnelles».

– **الاستثناءات القانونية :**

إن هذه الاستثناءات القانونية حددت على سبيل الحصر، لا تقبل الزيادة أو النقصان وهي التالية :

أ- تغني الإجراءات المنصوص عليها في المواد 190 إلى 192 من قانون التجارة الجديد، المتعلقة بضياع الكمبيالة أو سرقتها، أو غيرهما من الحالات المشابهة التي تعرضنا لها سابقا، عن إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، لأن القانون أوقف الوفاء هنا على صدور أمر قضائي وتقديم كفيل (المادتان 191 و 192) أو تقديم كفيل فقط (المادة 190) أما إذا رُفِض الوفاء المطلوب بمقتضى المادتين 191 و 192، فإن مالك الكمبيالة الضائعة أو المسروقة يحتفظ بجميع حقوقه على شرط أن يقيم مجرد محرر احتجاج في اليوم الموالي ليوم استحقاق الكمبيالة الضائعة أو المسروقة «acte de protestation» إن كانت هذه الكمبيالة الضائعة أوالمسروقة (المادة 193 من قانون التجارة) حاملة لعبارة القبول، أو عجز فاقد الكمبيالة الضائعة أو

59. بول شوفو : المرجع السابق صفحة 169، بند 259.

60. المتعلقة بضياع وسرقة الكمبيالة.

المسروقة الحاملة للقبول أم لا عن تقديم النظير، إلا أن هذا الإجراء لا يغني أيضا عن توجيه الاعلام المنصوص عليه في المادة 199 -الذي سنراه فيما بعد- إلى كل من الساحب والمظهرين داخل الآجال المعينة في هذه المادة.

ب- يغني احتجاج أو ابروتستو عدم القبول عن احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء (الفقرة الرابعة من المادة 197) لأن الذي يرفض القبول، سيرفض الوفاء دون شك[61].

ج- يكفي تقديم الحكم الصادر بالتسوية أو التصفية القضائية -مساطر صعوبات المقاولة (المادة 560 من مدونة التجارة- لإجراء دعوى الرجوع، دونما حاجة إلى إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، إن تعلق الأمر بمسحوب عليه سواء كان قابلا للكمبيالة أو غير قابل لها، أو تعلق بساحب كمبيالة مشروط عدم تقديمها للقبول (المادة 196).

د- يغني الأمر بالأداء عن احتجاج عدم الوفاء لأنه يرتب جميع الآثار الناشئة عنه وفقا لمنصوص الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون المسطرة المدنية، التي جاء فيها : «إذا كان الدين مترتبا عن كمبيالة نتج عن الأمر بالأداء جميع آثار احتجاج بعدم الدفع في مواجهة الحاملين والمستظهرين».

ولقد كان قرار المجلس الأعلى -عدد 1428- الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985 صائبا من ناحيتين : الأولى أن حق الحامل المهمل -الذي تقاعس عن إقامة الاحتجاج- في الرجوع لا يسقط سوى تجاه المظهرين والساحب الذي قدم مقابل الوفاء وبقية الملتزمين دون المسحوب عليه (المادة 206)؛ وثانيا أن الأمر بالأداء هو الذي يغني عن احتجاج عدم الوفاء لا العكس (المادة 162 من قانون المسطرة المدنية)، ويبدو هذا الصواب من قراءة المبدأ التالي : «لا يسقط حق الحامل ضد المسحوب عليه القابل بسبب عدم تحرير الاحتجاج بعدم الأداء «الفصل 169 من قانون التجارة» تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون لما ألغت الأمر بالأداء، وصرحت بعدم قبول الدعوى لعدم تحرير محضر احتجاج ضد المسحوب عليه القابل»[61][2].

61. ولا يغني احتجاج عدم القبول في القانون المصري، عن احتجاج عدم الوفاء : طه المرجع السابق صفحة 170.

61[2]. إن الفصل 169 من القانون القديم المنسوخ، الذي يشير إليه المجلس حلت محله المادة 206 في القانون الجديد – قضاء المجلس الأعلى عدد 39 سنة 1989.

هـ- يغني قيام حالة القوة القاهرة التي تزيد عن ثلاثين يوما بعد تاريخ الاستحقاق عن تقديم الكمبيالة للوفاء وعن احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، ما لم تكن دعاوى الرجوع موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة، وفقا لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 207 التي جاء فيها : «إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوما بعد الاستحقاق، جاز الرجوع من غير حاجة إلى تقديم الكمبيالة أو إقامة الاحتجاج ما لم تكن دعاوى الرجوع موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة.»

II- الاستثناءات الاتفاقية :

لا يحتاج الحامل إلى إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء لإجراء دعوى الرجوع إذا كانت الكمبيالة تتضمن شرط الرجوع بلا احتجاج «Retour sans protêt» أو بلا احتجاج «sans protêt» أو غيرهما من العبارات الموازية أو المماثلة كالرجوع بلا مصاريف «Retour sans frais» أو بلا مصاريف «sans frais».

ولا يمكن أن يقع هذا الإعفاء أو الاستغناء عن احتجاج عدم الوفاء، إلا إذا أدرج الشرط كبيان اختياري اتفاقي على ذات الكمبيالة، ووقعه من قام بإدراجه، لذلك يسمى هذا الإعفاء الاستثنائي بالإعفاء الاتفاقي (الفقرة الأولى من المادة 200 من قانون التجارة الجديد).

وقد يلجأ الساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي إلى وضع هذا الشرط إذا كانت قيمة الكمبيالة أو مبلغها ضئيلا، وذلك تفاديا لزيادة مصاريف لا تتناسب بتاتا مع هذه القيمة أو المبلغ.

وقد أجمع الفقه والقضاء على أن توقيعا واحدا من مدرج الشرط يعد كافيا لإنتاج آثاره، إلا أن ذلك يختلف باختلاف ما إذا كان الموقع هو الساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي.

يكون توقيع الساحب شاملا لبيانات الكمبيالة كلها وضمنها شرط الرجوع بلا مصاريف، إن أدرج هذا الشرط على ذات الكمبيالة عند إنشائها أو إصدارها، وتم التوقيع أسفل هذه الورقة التجارية، وكذلك الشأن إن أدرجه المظهر ضمن شروط التظهير موقعا أسفلها، أما إن حدث الفصل بين البيانات الإلزامية وشرط «الرجوع بلا مصاريف»، أو بين شروط التظهير وشرط «الرجوع بلا مصاريف» أو شروط الضمان الاحتياطي والرجوع بلا مصاريف، كان من اللازم وضع توقيعين يتعلق الأول

بالكمبيالة والثاني بشرط الرجوع بلا مصاريف، أو الأول بالتظهير والثاني بشرط الرجوع بلا مصاريف، أو الأول بالضمان الاحتياطي والثاني بشرط الرجووع بلا مصاريف.

ولا يسوغ أن يدرج شرط الرجوع بلا مصاريف أو بلا احتجاج على ورقة مستقلة، أما إذا حدث أن وقع على هذه الورقة المستقلة كان التزاما عاديا لا صرفيا بمعنى لا يلزم سوى طرفيه.

وإذا كان شرط «الرجوع بلا احتجاج» «أو الرجوع بلا مصاريف» يغني عن إقامة احتجاج عدم الوفاء، فإنه لا يعفي أبدا حامل الكمبيالة من تقديمها في الآجال المعينة والمبينة عند الكلام عن التقديم، ولا من الإعلامات الواجب على الحامل توجيهها على ما سوف نرى بعد قليل، وبعبارة أخرى، إذا أهمل حامل كمبيالة تحمل شرط «الرجوع بلا مصاريف أو الرجوع بلا احتجاج» تقديم الكمبيالة في الآجال المشار إليها أعلاه، عد حاملا مهملا وسقط حقه في الرجوع على الضامنين، اما إن أهمل الاعلامات، فلا يسقط حقه في الرجوع، ولكن يتحمل بالتعويضات العادلة لإصلاح الأضرار الناجمة عن هذا الإهمال الأخير (الفقرة الثانية من المادة 200 من قانون التجارة الجديد، والفقرة الأخيرة من المادة 199 من قانون التجارة الجديد)، ويقع عبء إثبات مخالفة الآجال على من يتمسك ضد الحامل بوقوعها. (الفقرة 3 من المادة 200 من قانون التجارة الجديد).

ويسري مفعول شرط «الرجوع بلا مصاريف» على كل الموقعين، إن كان صادرا من الساحب وموقعا من طرفه، أما إذا صدر من أحد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين، فلا ينفذ هذا الشرط إلا تجاهه وحده.

ويتحمل الحامل وحده المصاريف إن هو خالف هذا الشرط الذي كتبه الساحب، وأقدم على إقامة احتجاج عدم الوفاء، ما لم يكن الشرط صادرا من أحد المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين، إذ يحق له في هذه الحالة الرجوع بالمصاريف على جميع الموقعين من مظهرين أو ضامنين احتياطيين أو الساحب (المادة 200 ف4).

ويعتبر «شرط الرجوع بلا احتجاج» الذي يأتي عاما هكذا، شاملا للإعفاء من احتجاج عدم الوفاء، واحتجاج عدم القبول، وغيرهما من الاحتجاجات، كاحتجاج عدم استرجاع النظير أو عدم الحصول على القبول أو الوفاء بناء على نظير آخر (المادة

224 من قانون التجارة الجديد) أو احتجاج عدم تسلم حامل النسخة للأصل (المادة 226 من قانون التجارة الجديد)[62] أو احتجاج خلو القبول من التاريخ (الفقرة الثانية من المادة 176 من قانون التجارة الجديد).

ونشير هنا إلى أن قضاء محكمة النقض الفرنسية استقر منذ زمن بعيد (21 غشت 1860) على أن احتجاج عدم الوفاء لا يقام فقط عندما يرفض المسحوب عليه الوفاء بالمبالغ، وإنما يمكن إقامته حتى عند رفض أداء المصاريف[62(2)].

وننتقل بعد الكلام عن أهمية الاحتجاج، وحالات الإعفاء الاستثنائية القانونية والاتفاقية **إلى بحث مكان «le lieu» احتجاج عدم الوفاء، وزمانه أو أجله «le délai» ومضمونه «le contenu»**.

- مكان الاحتجاج :

يقام احتجاج عدم الوفاء في الموطن التجاري للشخص الملزم بالوفاء أي المسحوب، أو في آخر موطن معروف له، أو في المحل المختار (الفقرة الأخيرة من المادة 161). إن كانت الكمبيالة تتضمن مثل هذا المحل، وفي موطن الأشخاص المعينين في الكمبيالة كملزمين بالوفاء عند الاقتضاء (الموفي الاحتياطي)، وفي موطن الأشخاص الذين قبلوا الكمبيالة على وجه التدخل (القابل بالتدخل) وفقا للمادة 209 من قانون التجارة الجديد. -ويكون من اللازم مراعاة مقتضيات المادة 10 و 12 من القانون رقم 53.95 القاضي باحداث المحاكم التجارية عند الحاجة أو الاقتضاء- إلا أن المادة 218 من قانون التجارة عدلت وضيقت من اتساع هذه الحالة خاصة إذا قبل الكمبيالة متدخلون يوجد موطنهم في مكان الوفاء، أو إذا عين أشخاص يوجد موطنهم في المكان المذكور للوفاء عند الحاجة تفاديا للتأخير والإطالة اللذين لا يتناسبان مع الحركة التجارية والائتمان خاصة.

ويظهر حرص الشارع أو المشرع على ضمان السرعة وربح الوقت، والتقليل من المصاريف في كونه أجاز أن تجمع كل احتجاجات عدم الوفاء في محرر واحد شريطة أن يقدم الحامل الكمبيالة لهؤلاء الأشخاص كلهم، وأن يقيم احتجاج عدم الوفاء على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم مقبول لإقامة ذلك الاحتجاج. إلا أن إقامة

62. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 317، بند 367.

62(2). روني روبلو : المرجع السابق صفحة 315، بند 363.

الاحتجاج ضد هؤلاء جميعا -تعدد المدينين- لا يغني عن إقامته ضد المسحوب عليه المدين الأصلي أو الرئيسي في الكمبيالة. (المادة 218).

ويجب على مأمور أو عون كتابة ضبط المحكمة التجارية أن يثبت، في حالة ما إذا كان الموطن معينا تعيينا كاذبا أو مغلوطا، في محرر «acte» مستقل، أنه وقع التحري قبل إجراء احتجاج عدم الوفاء طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 209 التي جاء فيها : «ويلزم في حالة وجود بيان خاطئ يتعلق بالموطن، إجراء تحر قبل إقامة الاحتجاج».

ولقد أضاف القانون التجاري الفرنسي بعض الإجراءات المسطرية تفاديا للتقصير، نذكر من بينها تكليف النيابة العامة بالبحث، عن موطن الشخص الملزم عند فشل التحري أو البحث، كما أجاز للمحضر «huissier» عند عدم وجود المدين في موطنه أن يسلم نسخة من الاحتجاج إلى كل شخص يوجد في هذا الموطن، فإن تعذر ذلك سلم لحارس العمارة أو الشقة أو للجيران أو يوضع في الأخير لدى المحافظة «à la mairie».[63]

- أجل الاحتجاج :

وقد حدد الشارع أو المشرع للاحتجاج وقتا أو زمنا «un délai» لا يمكن للحامل أن يتجاوزه، وإلا عُدَّ مهملا ويسقط حقه في الرجوع على الضامنين.

ويختلف وقت إعداد احتجاج عدم الوفاء «protêt faute de paiement» باختلاف ما إذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين «à jour fixe» أو بعد مرور مدة من تاريخ تحريرها «à un certain délai de date» أو بعد مرور مدة من الاطلاع «certain délai de vue» أو كانت واجبة الدفع بمجرد الاطلاع «payable à vue» على الشكل التالي :

أ- يجب أن يقام احتجاج عدم الوفاء، داخل أحد أيام العمل الخمسة الموالية ليوم الاستحقاق، -لقد سبق بيان كيفية حساب هذه المدة[63(2)]- إذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مرور مدة من تاريخها أو مرور مدة الاطلاع (المادة 197 ف3)، ويُعتبر هذا الأجل كاملا، بمعنى لا يُحسب اليوم الأول ولا الأخير (المادة 231 ف1).

63. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 323، بند 376.

63(2). راجع صفحة 246 إلى 248 من هذا الكتاب وخاصة الهامش 17.

ب- يجب تحرير احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء ضمن شروط تحرير احتجاج عدم القبول إذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء عند الاطلاع : بمعنى أن يقام الاحتجاج يوم التقديم مع مراعاة أجل سنة تحسب من تاريخ تحرير الكمبيالة، فإن قدمت للوفاء في آخر يوم من السنة أقيم المحضر في هذا اليوم، أما إن طالب المسحوب عليه بتقديم ثان غداة التقديم الأول أي في اليوم الموالي، أقيم احتجاج عدم الوفاء في هذا اليوم الثاني أو التالي (الفقرة الثالثة والثانية من المادة 197، والمادة 175 و 197 ف2).

ج- يجب أن يقام احتجاج (ابروتستو) عدم الوفاء ضد القابلين بالتدخل أو القابلين الاحتياطيين على الأكثر في اليوم الموالي لآخر يوم مقبول لإقامة ذلك الاحتجاج (المادة 218 ف1 من قانون التجارة الجديد) -أي اليوم الموالي لأيام العمل الخمسة الموالية ليوم الاستحقاق متى كانت الكمبيالة مستحقة في يوم معين، أو بعد مرور مدة من تاريخها أو بعد مدة من الاطلاع (المادة 197 ف3) أما إن كانت الكمبيالة مستحقة بمجرد الاطلاع، فاليوم الموالي ليوم التقديم مع مراعاة السنة المشار إليها أعلاه- فإن لم يقع الاحتجاج ضمن الأجل سقط الالتزام عن الذي عين عند الحاجة، أو الذي قبلت الكمبيالة لمصلحته وعن المظهرين اللاحقين (المادة 218 ف2).

وتتبين للباحث، دون شك أو ريب، الطرق المعقدة لإعداد احتجاجي عدم الوفاء والقبول، والآجال المتباينة التي تتنوع باختلاف تواريخ استحقاق الكمبيالة، سواء في القانون الموحد أو القانون المغربي القديم أو الجديد، الأمر الذي دعا اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية إلى نهج التوحيد والاغتزال والتبسيط، الذي يبدو من قراءة المادتين 60 و 61 من الاتفاقية. فالمادة 61 توجب عمل الاحتجاج لرفض الصك بعدم القبول أو بعدم الوفاء في اليوم الذي رفض فيه الصك أو في أحد أيام العمل الأربعة التالية له. أما الفقرة الثالثة من المادة 60 فلا تجعل الاحتجاج إلزاميا، وإنما تعتبره اتفاقيا ؛ تمكن الاستعاضة عنه. بوسائل أخرى إذ نصت على أنه : «فيما عدا الحالة التي يشترط فيها الصك عمل احتجاج، يجوز الاستعاضة عن احتجاج بتصريح يكتب في الصك موقعا ومؤرخا من المسحوب عليه، أو القابل، أو المحرر، أو الشخص المعين في الصك لإجراء الدفع في محله في حالة اشتمال الصك على شرط الدفع في محل إقامة شخص مسمى ؛ ويجب أن يذكر في التصريح واقعة رفض القبول أو رفض الوفاء».

وقد بدأ الفقه الفرنسي يتساءل حول قانونية العادة القديمة، التي كانت تجيز إدراج شرط في الكمبيالة، يكون من شأنه أن يمدد أجل إجراءات الاحتجاج أو يعفي الحامل من التقيد به نهائيا -الذي كان يؤيده القضاء قديما كذلك-(64) حتى لا يعد مهملا إن تأخر في إجرائه، ولكننا نعتقد أن مثل هذا الشرط الممدّد في ظل قانون جنيف الموحد، والقانونين المغربي والفرنسي، اللذين أخذا عنه، باطل وكان لم يكن بالنسبة لباقي الضامنين، وبمعنى آخر، لا يسري أثره إلا بالنسبة للضامن الذي ارتضاه، لأن الأجل وضع في الأساس لحماية مصالحه، ومن حقه أن يتنازل عن هذه الحماية إن أراد ذلك.

ونستند إلى القول بالبطلان إلى صياغة الأمر أو الوجوب التي حررت بها المادة 197 ف1 في المغرب ولا يمكن أن يغير من وجهة نظرنا ما يعتمد عليه روني روبلو من كون المشرع نفسه أجاز قانونا التمديد في حالات عديدة، لأننا نرى أن هذا التمديد جاء استثنائيا وحصريا وبإرادة المشرع نفسه.

ويقصد بحالات التمديد هاته خاصة :

أ- سريان تمديد أجل الوفاء إن صادف عطلة رسمية على أجل إعداد احتجاج عدم الوفاء أو القبول كذلك، طبقا لما نصت عليه المادة 229 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «لا تجوز المطالبة بوفاء كمبيالة صادف تاريخ استحقاقها يوم عطلة قانونية إلا في أول يوم عمل موال. ولا يجوز كذلك القيام بالإجراءات الأخرى المتعلقة بالكمبيالة، لا سيما تقديمها للقبول والاحتجاج إلا أثناء يوم عمل.

وإذا وجب اتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات في أجل معين يوافق آخر يوم منه يوم عطلة قانونية فيمدد هذا الأجل إلى يوم العمل الموالي. أما أيام العطل التي تتخلل الأجل فتعتبر داخلة في حسابه».

وتدخل في حكم أيام العطل القانونية الأيام التي لا يجوز فيها طبقا لمقتضيات قانونية خاصة إجراء أية مطالبة بالوفاء أو إقامة أي احتجاج (المادة 230).

ب- التمديد الناجم عن حالة القوة القاهرة، والذي يستمر إلى أن تنتهي ما لم يزيد استمرارها عن ثلاثين يوما بعد الاستحقاق، حيث تجوز إجراءات المقاضاة أو

64. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 321 و 322، بند 373.

الرجوع دونما حاجة إلى التقديم ولا إلى إقامة البروتستو ما لم تكن هذه المقاضاة موقوفة لمدة أطول بمقتضى نصوص خاصة (المادة 207).

– مضمون الاحتجاج :

ويجب أن يتضمن محرر احتجاج عدم الوفاء كاحتجاج عدم القبول البيانات المنصوص عليها في المادة 210 التي توجب النسخ الحرفي أو أن يشتمل الاحتجاج على النص الحرفي للكمبيالة، والقبول والتظهيرات، والبيانات والإخطار أو الإنذار بوفاء قيمة الكمبيالة، وأن يذكر في الاحتجاج ما إذ كان الملزم بالوفاء حاضرا أو غائبا، وأسباب رفض الوفاء، وكذلك العجز عن التوقيع أو رفضه.

ويترتب عن تخلف هذه البيانات أو عن أحدها بطلان احتجاج عدم الوفاء أو عدم القبول كذلك، وبمعنى آخر أن شكل الاحتجاج من النظام العام يترتب عن اختلاله البطلان وإن لم تصرح بذلك المادة 210 من قانون التجارة الجديد، لأن محرر الامتناع رسمي وشكلي، (المادة 197 ف 1 و 210). ولأن المادة 211 من قانون التجارة الجديد، تمنع الحامل من القيام بأية إجراءات أخرى يمكن أن تغنيه عن الاحتجاج أو البروتستو ما عدا في الحالات المنصوص عليها في المواد من 190 إلى 192 المتعلقة بضياع الكمبيالة أو سرقتها، والحالات الأخرى التي تعرضنا لها سابقا، إلا أنه ينبغي، ومهما كان الأمر، أن يدخل في الاعتبار -للمرونة- ما إذا كان البيان المتخلف جوهريا أو ثانويا، حيث لا يقع اللجوء إلى البطلان إلا في الحالة الأولى دون الثانية.

ويسأل مأمور أو عون كتابة الضبط إزاء الحامل عن هذا البطلان إن كان ناتجا عن خطإه، لأن بطلان الاحتجاج يجعل هذا الأخير كأن لم يكن، ولا يمكن أن تكون هذه المسؤولية إلا إدراية لأن مأمور أو عون كتابة الضبط موظف رسمي وليس بتاجر (المادة 79 من ق.ل.ع.م.).

ولا يمكن لنا نظرا لأهمية احتجاج عدم الوفاء أو احتجاج عدم القبول، ولنتائج البطلان القاسية والخطيرة على سير عجلة نظام أو قانون الصرف إلا أن نؤيد ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيان من التمييز بين أنواع البيانات المتخلفة أو الناقصة قبل إعمال نظام البطلان، وبمعنى أكثر دقة، يجب التفرقة بين ما إذا كان البيان الناقص أو المتخلف جوهريا فيرتب البطلان، أو كان ثانويا فلا يعمل نظام[65]

65. على أساس أن القانون لم يرتب صراحة البطلان على تخلف كل البيانات مؤكدا فحسب على توفرها، باستعمال عبارة «يشتمل الاحتجاج...»

البطلان، ويكون البيان الناقص جوهريا إن تعلق الأمر برفض المسحوب عليه الوفاء، أو عدم بيان المبلغ أو بيان الإنذار، ويكون البيان الناقص ثانويا مثلا، إن تعلق الأمر بعدم بيان أسباب رفض المسحوب عليه القبول أو الوفاء، أو عدم ذكر رفض توقيع الاحتجاج، أو توقيعه فعلا أو عدم بيان اسم أحد المظهرين وغيرها من البيانات غير الأساسية أو غير المؤثرة.

ونشير في آخر بحث الاحتجاج إلى حالة خاصة، تتعلق بوفاء مبلغ الكمبيالة بواسطة شيك، حيث يلزم الحامل عند عدم أداء الشيك، أن يبلغ احتجاج أو ابروتستو عدم وفاء الشيك في الموطن المعين لوفاء الكمبيالة، وذلك ضمن الأجل المنصوص عليه في المادة 268 وهو الأجل الخاص بتقديم الشيك للوفاء، على أن يتم احتجاج أوابروتستو عدم الوفاء بالشيك والتبليغ في محرر وإجراء واحد ربحا للوقت والمصاريف في آن واحد، ما لم يكن الاختصاص المحلي يستدعي تدخل كاتبين أو عونين للضبط حيث يلزم الفصل بين الإجرائين (المادة 198).

ويقصد بالأجل المنصوص عليه في المادة 268 من قانون التجارة الجديد أجل عشرين يوما إذا كان الشيك صادرا في المغرب ومستحق الوفاء فيه، وداخل أجل ستين يوما إذا كان الشيك صادرا خارج المغرب وكان مستحق الوفاء فيه، ويبدأ حساب الآجال أعلاه من التاريخ المبين في الشيك كتاريخ لإصداره.

وتسري الأحكام أعلاه في حالة الوفاء بالشيك البريدي والتحويل الحسابي «le virment» وغيرهما من الحالات المشابهة.

3- الاعلام «la notification» :

أوجب القانون على الحامل أن يوجه إعلاما بعدم الوفاء أو عدم القبول إلى كل من الساحب والمظهرين حماية لحقوقهم ومصالحهم، خاصة أنهم مهددون باخطار المقاضاة والرجوع والفوائد والمصاريف ؛ كما أن هذا الاعلام يتيح الفرصة لمن يريد منهم أن يبادر بالوفاء درءا للأخطار السابقة أو أخطار المساس بسمعتهم أو مركزهم.

ويقوم بالاعلام في الأساس الحامل (المادة 199 من قانون التجارة الجديد) ما لم تكن الكمبيالة تتضمن اسم الساحب وموطنه حيث يجب على عون التبليغ المعد للاحتجاج أن يعلم هذا الأخير بأسباب رفض الوفاء عن طريق البريد برسالة مضمونة داخل ثلاثة أيام العمل الموالية ليوم إقامة الاحتجاج (الفقرة الثانية من المادة

199)[66]. فإن لم يكن في الكمبيالة موطن الساحب -أما بيان أو ذكر اسم الساحب فأصبح الآن واجبا كبيان إلزامي تحت طائلة البطلان (الفقرة 8 من المادة 159 والمادة 160 من قانون التجارة الجديد)- فإن اعلامه لا يمكن أن يقع إلا عن طريق المظهرين حسب الشكل المحدد في الفقرة الأولى والثالثة من المادة 199.

ويتعين على الحامل أن يوجه الاعلام بعدم الوفاء إلى من ظهر له الكمبيالة داخل ستة أيام العمل التي تلي يوم إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء، أو يوم التقديم إذا كانت الكمبيالة تتضمن «شرط الرجوع بلا مصاريف»، ويجب على كل مظهر تلقى الاعلام، أن يعلم بدوره داخل ثلاثة أيام العمل التالية أو الموالية ليوم تلقيه من ظهر له الكمبيالة، وهكذا تتابع عمليات الاعلام هاته حتى نصل إلى الساحب، وبمعنى آخر، تتحقق الغاية القانونية باعلام الساحب والمظهرين في آن واحد إما عن طريق الحامل وعون التبليغ، أو عن طريق الحامل والمظهرين.

ويوجه الاعلام ذاته إلى الضامنين الاحياطيين ضمن الأجل نفسه أي داخل ثلاثة أيام العمل وفقا لما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 199 التي جاء فيها : «إذا وجه إعلام إلى أحد موقعي الكمبيالة طبقا لمقتضيات الفقرة السابقة وجب توجيه الاعلام ذاته إلى ضامنه الاحتياطي ضمن الأجل نفسه».

ويعتبر هذا الاعلام واجبا، سواء وقع تحرير احتجاج أو ابروتستو عدم القبول أو عدم الوفاء أو كان هناك إعفاء من إقامتهما، عندما تكون الكمبيالة متضمنة «لشرط الرجوع بلا مصاريف» حيث يحسب الأجل في هذه الحالة الأخيرة إبتداء من يوم التقديم (الفقرة الأولى من 199).

ولم يضع المشرع المغربي طريقة خاصة بالاعلام، بل ترك أمره حرا، أي يمكن لمن يهمه الأمر أن يباشره بالشكل الذي يراه مناسبا وناجحا، فيمكن أن يكون ولو برسالة عادية أو بإرجاع الكمبيالة، بل يمكن أن يكون حتى شفويا إذا كان من الإمكان إثبات ذلك كما يبدو من الفقرة السادسة التي جاء فيها : «يجوز لمن كان عليه أن يوجه إعلاما أن يوجهه بأية طريقة كانت ولو بمجرد إرجاع الكمبيالة».

ويجب على مرسل الاعلام أن يثبت أنه وجه إعلامه داخل الأجل المحدد (الفقرة 7 من المادة 199 من قانون التجارة الجديد)، على أن تحسب الآجال من يوم تسلم

66. لم يكن يوجه الاعلام في فرنسا قبل سنة 1935، أي قبل قانون جنيف الموحد، سوى للساحب، ويقوم به المأمور أو العون القضائي.

الاعلام (الفقرة الثالثة من المادة 199)، ويعتبر الاعلام موجها داخل الأجل القانوني إذا أودعت الرسالة التي تتضمنه داخل الأجل نفسه في البريد (الفقرة 8 من المادة 199).

ولم يحدد القانون مضمون الاعلام على خلاف الاحتجاج أو البروتستو، مما جعل الفقه يجيزه ولو شفويا، إلا أن هذا الاعلام الشفوي قد يتناقض مع البيان الوحيد الذي اشترطه القانون في الفقرة الثالثة من المادة 199 التي بمقتضاها يتوجب على المظهر المرسل للإعلام، أن يعين أسماء الذين وجهوا الاعلامات السابقة وموطنهم، لأنه يجعل الضامن على علم بمكان وجود الكمبيالة، إن أراد المطالة بها، أو إرجاعها مقابل أو عند الوفاء وفقا لمقتضيات المادة 204 التي جاء فيها : «يجوز لكل ملتزم وقع ضده الرجوع، أو كان معرضا له أن يطلب في مقابل الوفاء تسليمه الكمبيالة مع الاحتجاج ومخالصة بما وفاه.

يجوز لكل مظهر أدى الكمبيالة أن يشطب تظهيره والتظهيرات اللاحقة».

وقد يحدث أن يتعطل نظام الاعلام بسبب عدم ذكر أحد الموقعين لعنوانه، أو لذكره بطريقة غير مقروءة أو مغلوطة، أو تغييره بعد التوقيع، ولكن المشرع تنبه لمثل هذه الثغرات وأوجد لها حلولا ملائمة تقضي بالاكتفاء بتوجيه الاعلام إلى المظهر الذي يسبقه، واعتبار الموقع الذي لم يذكر العنوان، أو ذكره غير مقروء أو مغلوط متنازلا عن حقه في الإعلام لعدم ذكره العنوان أو لذكره بطريقة غير مقروءة.

ولا يسأل من يتوجب عليه الاعلام عن عدم إنجازه تجاه المظهر الذي لم يذكر عنوانه أو ذكره بكيفية غير مقروءة، ولو كان على علم بالعنوان، أو بالعنوان غير المقروء، وفقا وتأويلا للفقرة الخامسة من المادة 199 التي جاء فيها : «إذا لم يعين أحد المظهرين عنوانه أو إذا عينه بكيفية غير مقروءة يكفي توجيه الاعلام إلى المظهر السابق له ...»

ويجوز لكل شخص أن يتنازل عن حقه في الاعلام، وإذا أدرج شرط الاعفاء من الاعلام فلا يسري إلا على الشخص أو الأشخاص الذين رضوا به، كما أن شرط «عدم الضمان» الذي يورده أحد المظهرين، سواء كان خاصا بعدم ضمان القبول، أو عدم ضمان الوفاء، أو الاثنين معا، يزيل عن الحامل وباقي المظهرين واجب اعلامه، لعدم جدوى ذلك، أما الساحب، فلا يمكن له إدراج سوى شرط عدم ضمان القبول، أما كل شرط يتحلل بمقتضاه من ضمان الوفاء فيكون باطلا وكأن لم يكن (المادة 165).

ونتساءل الآن عن الجزاء القانوني الذي يترتب عن الاخلال بالتزام الاعلام ؟

لا يترتب على من لم يوجه الاعلام داخل الأجل القانوني المشار إليه سابقا سقوط حق الرجوع على خلاف عدم التقديم في الأجل القانوني، أو عدم إقامة الاحتجاج أو عدم احترام أجله، وكل ما في الأمر يتحمل المخل بإصلاح الاضرار التي تسبب فيها نتيجة إهماله وتقاعسه عن القيام بالاعلام في الأجل القانوني، كأن يفوت بسبب التأخير في الإعلام عن أحد المظهرين الرجوع على مظهر الكمبيالة أعلاه -كأن يُحكم عليه فيما بعد بالتسوية أو التصفية القضائية المادة 196 مثلا- وعلى كل، فلا تعويض دون حدوث اضرار على شرط ألا يتجاوز قدر التعويض في كل الأحوال مبلغ الكمبيالة وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 199.

ويختلف القانون الفرنسي عن القانون المغربي في أن الأول وضع نظاما قانونيا لشهر عوارض الأداء «les incidents de paiement»، ومركزتها لدى بنك فرنسا: أما قانون التجارة المغربي فلم يتبع هذا النهج لا بالنسبة للكمبيالة ولا السند لأمر، وإنما خص به الشيك وحده طبقا للمادة 322 من قانون التجارة الجديد التي تلزم المؤسسات البنكية بالتصريح لبنك المغرب بكل حادث إخلال بالأداء داخل الأجل الذي يحدده بنك المغرب تحت طائلة التعرض للغرامات المنصوص عليها في المادة 319 من قانون التجارة ؛ وقد حدد بنك المغرب هذا الأجل في المادة 11 من الدورية رقم 6/ج/97 بتاريخ 22 سبتمبر 1997 التي تفرض التصريح بعوارض الأداء إلى المصلحة المركزية لعوارض الأداء في خامس يوم عمل على الأكثر «5ème jour ouvrable» الموالي لتاريخ رفض الأداء. ويتولى بنك المغرب مركزة تصريحات الإخلال بوفاء الشيكات، ويمركز أيضا وينشر إجراءات المنع المصرح بها تطبيقا للمادة 317، ويمركز كذلك المعلومات المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في المادتين 318 و 319 ويبلغها لوكيل الملك[67].

أما القانون الفرنسي فقد غير المادة 162 من قانون التجارة، بمقتضى قانون 2 غشت 1949 الذي أحدث نظاما لشهر محررات الاحتجاج، وحمل المرسوم التطبيقي الصادر في 24 يونيو 1950 (ومرسوم 12 نونبر 1956) المحضر «l'huissier» بأن يسلم داخل خمسة عشر يوما من إقامة محضر الاحتجاج نسخة منه إلى كاتب ضبط المحكمة التجارية، الذي يجري قيدها في تسجيل ترتيبي

67. راجع تفصيل ذلك في الجزء الثاني الخاص بآليات الوفاء (الشيك ووسائل الأداء الأخرى).

«un registe chronologique»، ويعد قائمة بأسماء كل الذين أقيمت ضدهم احتجاجات عدم الوفاء وعددها ؛ ولكن هذه الإجراءات لا تطبق سوى على الكمبيالات والسندات لأمر الحاملة للقبول[68]. وصار بناء على القرار الصادر بتاريخ 6 يونيو 1957 عن المجلس الوطني للائتمان من الواجب إعلام بنك فرنسا بعوارض أداء الكمبيالة[69] (والسندات الأمر كذلك) الحاملة للقبول من أجل مركزتها.

البند الثالث

إجراءات ممارسة حق الرجوع أو المقاضاة الصرفية

تختلف إجراءات الرجوع باختلاف شكل المطالبة، هذه المطالبة التي قد تتخذ إما الشكل الودي «remboursement ou recours amiable» أو الشكل القضائي «action judiciaire».

أولا : الرجوع الودي :

قد يطالب الحامل أحد الضامنين وديا بالوفاء بمبلغ الكمبيالة -سواء كان هذا الضامن هو الساحب أو المظهر أو الضامن الاحتياطي- أو يبادر أحد الضامنين بالوفاء تلقائيا وعن طواعية واختيار على إثر توصله بالإعلام المنصوص عليه في المادة 199 من قانون التجارة الجديد، تفاديا للمصاريف والفوائد، وحماية لمركزه الاجتماعي أو التجاري.

ويمكن للضامن المظهر القائم بالوفاء أن يطالب إما بتوصيل بالأداء أو بأن تُسلَّم إليه الكمبيالة والاحتجاج وحساب مشهود بالوفاء إن كان ينوي الرجوع بما أداه على ضامنيه من ساحب ومظهرين سابقين له لا اللاحقين الذين يضمنهم هو ؛ وذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة 204 التي جاء فيها : «يجوز لكل ملتزم وقع ضده الرجوع أو كان معرضا له، أن يطلب في مقابل الوفاء تسليمه الكمبيالة مع الاحتجاج ومخالصة بما وفاه ...»

68. هناك مسطرة خاصة بالكمبيالة والسندات لأمر غير المقبولة.

69. جوفري : المرجع السابق، صفحة 530، فقرة 808، وجانتان المرجع السابق، صفحة 203 و 204 الفقرتان 375 و 376.

ويمكن للساحب الموفي أن يتخذ الإجراءات نفسها حتى يتأتى له بدوره الرجوع على المسحوب عليه إن كان قد قدم إليه مقابل الوفاء، إلا أنه لا يمكن له أن يرجع على المظهرين ولا على ضامنيهم الاحتياطيين لأنه ضامن لهم جميعا.

ويسوغ لكل مظهر وَفّى مبلغ الكمبيالة أن يشطب تظهيره والتظهيرات التابعة أواللاحقة له (الفقرة الثانية من المادة 204[70]) تفاديا لأخطار الرجوع، وبمعنى آخر، تفاديا لرجوع مظهر سابق على مظهر لاحق رجوعا قد يدفع به إلى الأداء أكثر من مرة واحدة.

ثانيا : الرجوع القضائي :

إذا لم يتمكن الحامل من الحصول على الوفاء الودي، كان له أن يرفع الدعوى إلى المحكمة التجارية (طبقا للمادة 5 من القانون رقم 53.59، الصادر عن مجلس النواب في 12 فبراير 1997)، الكائن في دائرة اختصاصها الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، فإن لم يكن له موطن في المغرب كان للاختصاص لمحكمة محل الإقامة، وإن لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة في المغرب أمكن مقاضاته أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي، أو واحد منهم في حالة تعددهم (المادة 10 من القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية)[71] وإذا تعدد المدعى عليهم، أمكن للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم، مع مراعاة أحكام المادة 12 التي تجيز الاتفاق الكتابي على اختيار المحكمة التجارية.

ويمكن للحامل كذلك أن يتقدم إلى رئيس المحكمة التجارية بطلب أمر بالأداء، متى كان مبلغ الكمبيالة يتجاوز ألف درهم (المادة 155 من قانون المسطرة المدنية) وذلك طبقا للمادة 22 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية.

وإذا كانت مسطرة الأمر بالأداء مسطرة استعجالية تنظمها تنظيما خاصا المادة 22 من القانون القاضي بإحداث المحاكم التجارية، والمواد من 155 إلى 165 من قانون المسطة المدنية -مع مراعاة التعديلات الجوهرية التي أدْخلت على المادتين 161 و 162 من قانون المسطرة المدنية بمقضي المادة 22 المشار إليها سابقا فيما يخص أثر أجل الاستئناف والاستئناف نفسه على تنفيذ الأمر بالأداء، اللذين لا يوقفان لأمر بالأداء، وإن كان يجوز لمحكمة الاستئناف التجارية أن توقف التنفيذ

70. التي جاء فيها : «يجوز لكل مظهر أدى الكمبيالة أن يشطب تظهيره والتظهيرات اللاحقة».

71. راجع كذلك المادة 27 من قانون المسطرة المدنية :

جزئيا أو كليا بقرار معلل- فإن دعوى الرجوع دائما دعوى تجارية صرفية، بغض النظر عن صفة الضامنين والضامنين الاحتياطيين لتعلقها بالكمبيالة، التي تعد عملا تجاريا بصرف النظر عن القائم بها والعمل الذي قامت من أجله (المادة 9 من قانون التجارة الجديد).

ويمكن للحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع الضامنين، على وجه التضامن، فرادى أو جماعة، ودون أن يكون ملزما باتباع الترتيب، الذي صدر به التزامهم، ولا تمنع الدعوى المقامة على أحدهم من إقامتها ضد البقية أو تجاه الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولا (المادة 201)[72].

ويجوز للمظهر، الذي دفع مبلغ الكمبيالة إلى الحامل، أن يرجع على الساحب والمظهرين السابقين، وعلى المسحوب عليه القابل، والضامنين الاحتياطيين، والقابلين بالتدخل، بالمبلغ كله، فرادى أو جماعة على وجه التضامن دون أن يكون بدوره ملزما باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم كذلك (الفقرة الثالثة من المادة 201)، ولكن لا يمكن للمظهر الذي وفّى المبلغ أن يرجع على المظهرين اللاحقين له لأنه يضمن لهم الوفاء طبقا للمادة 169، ما لم يرد شرط بخلاف ذلك.

ولا يمكن من جهة أخرى للساحب القائم بالوفاء، أن يعود على باقي المظهرين لأنه يضمن لهم الوفاء ضمانا من النظام العام (المادة 165)، ولا يرجع حتى على المسحوب عليه، ما لم يكن قد قام بتقديم مقابل الوفاء إليه، كما أن المسحوب عليه، لا يمكن له أن يرجع على الساحب، إلا إذا كان هذا الأخير لم يقم بتقديم مقابل الوفاء إليه.

ويحق للحامل أن يطالب الضَّامنَ، الذي وجه ضده دعوى الرجوع، أو مطالبة من له حق الرجوع عليه، وفقا لمقتضيات المادة 202 من قانون التجارة الجديد بمايلي :

أ- مبلغ الكمبيالة التي لم تقبل، أو لم تدفع أو لم توف من طرف المسحوب عليه، مع الفوائد الاتفاقية إن كانت مشروطة. فإن وقع قبول أو وفاء جزئي ما كان له أن يطالب إلا بالجزء الذي لم يقبل أو لم يدفع (المادة 185) لأن المبالغ المؤداة تبرئ ذمة الساحب والمظهر، وإن تعين على الحامل أن يطلب إقامة احتجاج بالمبلغ الباقي (المادة 185 ف4 و ف5).

72. راجع التضامن الصرفي صفحة 192 ومايليها من هذا الكتاب.

ب- الفوائد بالسعر القانوني محسوبة من يوم الاستحقاق. وينبغي التذكير هنا أن سعر الفائدة القانونية ببلادنا هو 6% في المواد التجارية والمدنية، والحد الأقصى للفائدة الاتفاقية هو 10% (ظهير 16 يونيو 1950).

ج- مصاريف الاحتجاج أو البروتستو والاعلامات او الاخطارات وغيرها من المصاريف.

ويجب إجراء خصم من مبلغ الكمبيالة، إذا رفعت الدعوى قبل أجل الاستحقاق، ويحسب هذا الخصم على أساس سعر الخصم الرسمي لبنك المغرب، في تاريخ وقوع المقاضاة أو الرجوع بالمكان الذي يقع فيه موطن الحامل (المادة 202 من قانون التجارة الجديد).

ويمكن للضامن المظهر الذي أدى مبلغ الكمبيالة أن يطالب ضامنيه (المظهرين السابقين والساحب والقابل وضامنيهم الاحتياطيين)، وللساحب كذلك الذي قدم مقابل الوفاء أن يطالب المسحوب عليه هو الآخر بما يلي (المادة 203) :

أ- المبلغ الذي أداه أو وفاه كاملا.

ب- فائدة المبلغ المذكور سابقا محسوبة بالسعر الرسمي أو القانوني أي 6% أو 10% ابتداء من يوم دفعه إياه.

ج- المصاريف التي تكبدها.

ونتناول بعد بيان هذه الإجراءات ومضمون المطالبات، قضيتي الحجز التحفظي وكمبيالة الرجوع أو السحب المُجَدَّد كما سماها القانون اللبناني.

1- الحجز التحفظي «saisie conservatoire» : كان القانون القديم لـ12 غشت 1913 المنسوخ أو الملغى يمنح للحامل زيادة على دعوى الضمان، حماية لحقوقه وتدعيما للائتمان، حق إجراء حجز تحفظي على الأموال المنقولة «les effets mobiliers» التي هي على ملك الضامنين، من ساحبين وقابلين، ومظهرين وضامنين احتياطيين، وإن لم يذكرهم النص (المادة 171 من القانون القديم المعدلة بتاريخ 19 يناير 1939) إلا أنه لا يمكن إجراء مثل هذا الحجز على الأموال المنقولة التي هي على ملك المسحوب عليه غير القابل للكمبيالة، لعدم التزامه بالوفاء بها.

ويشمل نفع مسطرة الحجز هاته الساحب كذلك إن كان ساحبا ومستفيدا، وكل مظهر أو ضامن دفع مبلغ الكمبيالة، عند رجوعه على ضامنيه هو الآخر.

ويمكن لنا أن نتساءل عن جدوى تخصيص مادة في قانون الصرف هي المادة 171 من القانون القديم لإجراء مسطرة الحجز، في حين أن قانون المسطرة المدنية نظم الحجز على المنقولات والعقارات في المواد من 452 إلى 487، وثانيا لماذا تحدثت المادة 171 عن الحجز على الأموال المنقولة دون الأموال العقارية.

إن ما يبرر في رؤيتنا الكلام عن الحجز في قانون الصرف، هو بيان شروط إيقاع هذا الحجز، التي سنراها بعد قليل. ولكن ما الدافع الذي حذا بالمشرع إلى الاقتصار على الكلام عن حجز المنقولات دون العقارات ؟

قد يكون الجواب أن الأمر لا يعدو أن يكون تقليدا لقانون الصرف الفرنسي، الذي احتفظ بالإجراء التحفظي الوارد في الأمر الصادر سنة 1673 لفائدة الحامل[73]، ومهما كان الأمر، فالفقه الفرنسي يجمع على أن في حالة السكوت أو النقص نرجع إلى القواعد العامة لقانون المسطرة المدنية، وقواعد هذه المسطرة سواء في المغرب أو في فرنسا، تجيز إيقاع الحجز التحفظي سواء على المنقولات أو العقارات، خاصة أن قيمة أو مبالغ الكمبيالة في الوقت الحاضر قد تصل إلى مئات الملايين، إلا أنه ينبغي التمسك بحرفية المادة 469 من قانون المسطرة المدنية التي جاء في فقرتها الأولى : «لا يقع البيع الجبري للعقارات إلا عند عدم كفاية المنقولات عدا إذا كان المدين مستفيدا من ضمان عيني ...»

أما المادة 208 من قانون التجارة الجديد فأزالت التفرقة التحكمية بين الحجز على المنقولات دون العقارات لعدم استنادها على أي أساس قانوني، مكتفية بإدراج عبارة عامة تجيز الحجز على المنقولات والعقارات وهي «حجزا تحفظيا».

كما يبدو من قراءتها، حيث جاء فيها : «بصرف النظر عن الإجراءات المنصوص عليها لممارسة دعوى الضمان، يجوز لحامل الكمبيالة التي كانت محل احتجاج بسبب عدم الوفاء، أن يمارس وفقا لأمر بناء على طلب حجزا تحفظيا في مواجهة الساحبين والقابلين والمظهرين».

ويلاحظ أن قانون التجارة المغربي الجديد تجاوز القانون الفرنسي (المادة 158) الذي بقي جامدا مجيزا للحجز التحفظي على المنقولات دون العقارات.

73. ليسكو : الأوراق التجارية : الجزء الثاني «تابع» طبعة 1953 صفحة 129، بند 675.

وقد يفسر هذا الموقف التقليدي القديم بالوضعية الاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك الوقت، تلك الوضعية التي كانت تجعل قيم الكمبيالات زهيدة أو متوسطة لا تبرر الحجز على العقارات، لأن قيم المنقولات تكون كافية للوفاء بها ؛ ولكن في الوقت الحاضر ربما أصبحت قيم الكمبيالات أو مبالغها مرتفعة جدا كذلك وعلى الأقل في بعض الأحيان، الأمر الذي يجعل المنقولات غير كافية لتأمين الوفاء ؛ أمر يبرر فتح باب إيقاع الحجز على العقارات أيضا ؛ ومهما كان الأمر، فإن الخيرة بين الاثنين أو إجراء الاثنين معا قد ينفع ولا يضر، وقد يشكل تهديدا جديا للمتنع عن الوفاء، سواء كان ساحبا أو قابلا أو مظهرا، يحفزه على الوفاء بالتزامه الصرفي.

ويشترط لإجراء هذا الحجز توفر الشروط التالية :

أ- عدم الوفاء بمبلغ الكمبيالة.

ب- إقامة احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء : وقد قضت المحاكم الفرنسية بأن الحجز المنصوص عليه في المادة 158 لا تُمْكِن ممارسته إلا بعد إقامة احتجاج عدم الوفاء ولو لم يكن هناك استعجال أو خطر على استحصال المبلغ[74].

ولكن ما العمل إذا كانت الكمبيالة تحمل شرط «الرجوع بلا مصاريف» أو «الرجوع بلا احتجاج» ؟

يرى الفقه والقضاء الفرنسيان أنه لا غنى لإجراء الحجز التحفظي التجاري الصرفي في إطار المادة 158 تجاري (المقابلة للمادة 208 مغربية) عن إقامة الاحتجاج ولو كانت الكمبيالة تتضمن «شروط الرجوع بلا مصاريف أو بلا احتجاج» لأن هذا الشرط جوهري في إطار المادة 158 فرنسي (المادة 208 مغربية) فإن لم يقام احتجاج أو ابروتستو عدم الوفاء ما كان إجراء الحجز إلا في إطار القواعد العامة العادية في قانون المسطرة المدنية[75].

ونظن خلافا لموقف الفقه الفرنسي، أن إيقاع الحجز جائز دون احتجاج إذا كانت الكمبيالة تتضمن شرط «الرجوع دون مصاريف» أو «دون احتجاج» لأن مضمون المادة 200 يحد من عمومية المادة 208، فما دام الشرط يعفي الحامل من إقامة احتجاج عدم الوفاء عند ممارسة أو مباشرة دعوى الرجوع الصرفية ذاتها فمن باب

74. متز «Metz»، 29 أكتوبر 1975، دالوز 94 - 95 صفحة 129.

75. روني روبلو : المرجع السابق صفحة 340، بند 399، وليسكو صفحة 199 - بند 675.

أولى الإعفاء من إقامة الاحتجاج لإيقاع الحجوز التابع لها.

ج- استصدار أمر قضائي -أمر بناء على طلب «d'une ordonnance sur requête»- بإيقاع الحجز التحفظي : يصدر الأمر بالحجز التحفظي في بلادنا من رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضي المستعجلات طبقا للمادة 20 و 21 من القانون رقم 53.95 القاضي باحداث المحاكم التجارية، وقد جاء في هذه المادة الأخيرة مايلي : يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، وفي حدود اختصاص المحكمة، أن يأمر بكل التدابير التي لا تمس أية منازعة جدية ؛

إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف التجارية، مارس هذه المهام رئيسها الأول ؛

يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق -رغم وجود منازعة جدية- أن يأمر بكل التدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع».

أما الاختصاص المحلي فيرجع إلى محكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، مع مراعاة الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة 10 و 12 من قانون المحاكم التجارية (والمادة 28 من قانون المسطرة المدنية عند الاقتضاء).

ولا يترتب عن هذا الأمر سوى وضع يد القضاء على الأموال منعا لتصرف المدين فيها تصرفا يضر بدائنه، ويبقى المحجوز عليه حائزا للأموال إلى أن يتحول الحجز التحفظي إلى حجز آخر أي حجز تنفيذي -ما لم يؤمر بغير ذلك، وما لم يعين حارس قضائي- (الفصلان 453 و 454 من قانون المسطرة المدنية).

ولا يمكن أن يقع بيع هذه الأموال المحجوزة إلا بعد تحويل هذا الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي أو استصدار حجز تنفيذي.

وإذا تعلق الحجز بأصل تجاري، تضمن المحضر وصف العناصر المادية وتقدير قيمتها، وتتخذ نفس الإجراءات إذا اقتصر الحجز على أحد عناصره (الفقرة الأخيرة من المادة 455 من قانون المسطرة المدنية).

ويلزم في الأخير أن يحدد هذا الأمر مبلغ الدين على وجه التقريب، وأن يبلغ دون تأخير (المادة 452 من قانون المسطرة المدنية).

-2 كمبيالة الرجوع «le rechange» : تعتبر كمبيالة الرجوع شكلا خاصا من أشكال الرجوع الودي الاختياري، المتمثل في سحب كمبيالة ثانية أو جديدة تحرر بدلا من الأولى التي لم تدفع قيمتها أو مبلغها ؛ وبمعنى آخر، أن سحب كمبيالة الرجوع أمر جائز وليس إلزاميا، وجائز ما لم يحصل اتفاق على غير ذلك، اتفاق يمنع سحب كمبيالة الرجوع.

وإذا كان يطلق على هذا الشكل من الرجوع في بلادنا عبارة «كمبيالة الرجوع» اشتقاقا من الرجوع الودي والقضائي، فإن القانون اللبناني دعا هذا الشكل من الرجوع بالسحب المُجَدِّد (المادة 381 من القانون التجاري اللبناني) أو تجديد السحب، وسماه الفرنسيون بكلمة «Rechange» أو «Retraite».

تجيز المادة 213 من قانون التجارة، لكل حامل أو ضامن قام بالوفاء -وبصياغة النص «لكل شخص يملك حق الرجوع- أن يستوفي حقه، إن كان يملك حق الرجوع أو المقاضاة، عن طريق سحب كمبيالة جديدة بالمبلغ الواجب أو المستحق للحامل على أحد ضامنيه وفاء للأولى -التي بقيت دون وفاء- مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع، وفي موطن الضامن المسحوب عليه الجديد ما لم يحصل اتفاق على غير ذلك (المادة 213 ف1) اتفاق يمنع الكمبيالة الرجوع.

ويمكن لمن قام بهذا السحب المجدد أن يخصم كمبيالة الرجوع، ويحصل في الحال على المبلغ الذي لم يقع الوفاء به، فيربح بذلك الوقت ومصاريف دعوى الرجوع في آن واحد.

ويجمع أغلب الفقه على أن العمل بكمبيالة الرجوع أو السحب المجدد قليل الوقوع ونادر جدا، لأن لا أحد يقبل بخصم كمبيالة رجوع سُحبت بديلا للكمبيالة مسحوبة في الأصل على شخص ثبت بالاحتجاج عجزه أو امتناعه عن الوفاء، وهو ما دفع كثيرا من المؤتمرين في ندوة قانون جنيف الموحد إلى المطالبة بإلغائها دون جدوى. لأن بعض الدول ألحت على إبقائها.

ولا يمكن لنا، والقانون المغربي يأخذ بها على الأقل من الناحية النظرية، إلا أن نعطي عنها ولو نظرة موجزة.

ويشترط في كمبيالة الرجوع أو السحب المجدد الشروط التالية :

أ- أن يقيم الحامل الاحتجاج ما عدا في حالات الاعفاء السابقة، وإلا كان

مهملا، وسقط حقه في الرجوع وهو ما عبرت عنه المادة 213 ف 1 بقولها : «يملك حق الرجوع» أما الضامن من مظهر وساحب وضامن احتياطي فلا يحتاج إلى هذا الاحتجاج ليكون له حق المقاضاة أو الرجوع الصرفي. لأن الحامل المهمل وحده يسقط حقه في الرجوع على هؤلاء ما عدا على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء والمسحوب عليه القابل باعتبارهما المدينين الرئيسيين من الدرجة الأولى (المادة 206 من قانون التجارة الجديد).

ب- أن تكون كمبيالة الرجوع مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع لأن دينها حال -باعتبارها بديلا للكمبيالة الأصلية التي لم يقع الوفاء بمبلغها في تاريخ الاستحقاق- ومستحق.

ج- أن تكون واجبة الوفاء في موطن الضامن المسحوب عليه الجديد تيسيرا للأداء، ما لم يحصل اتفاق على غير ذلك، أي أن هذه القاعدة ليست من النظام العام.

د- أن تحتوي كمبيالة الرجوع هاته على سائر البيانات الالزامية الشكلية المنصوص عليها في المادة 159 من قانون التجارة الجديد، تحت طائلة البطلان ما عدا في الحالات الاستثنائية الحصرية المحددة في المادة 160 من قانون التجارة الجديد، مع الإشارة في متنها على أنها «كمبيالة الرجوع».

ويبنغي أن تتضمن هذه الكمبيالة الجديدة «كمبيالة الرجوع» ما يلي :

أ- المبالغ المشار إليها في المادتين 202 و 203 من قانون التجارة الجديد (السابق بيانها) وهي : مبلغ الكمبيالة التي لم تقبل أو لم يقع الوفاء بها، مع الفوائد الاتفاقية إن كانت مشروطة، والفوائد القانونية محسوبة بالسعر القانوني من يوم الاستحقاق ومصاريف الاحتجاج (البروتستو) والاعلامات أوالاخطارات وغيرها من المصاريف.

ب- رسم الرجوع «un droit de rechange» أو رسم السمسرة «un droit de courtage» ورسوم الدمغة أو التنبر (الطابع) «le droit de timbre de la retraite» الواجب عليها طبقا للفقرة الثانية من المادة 213.

ويحسب سعر رسم الرجوع طبقا لمقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 213 على الشكل التالي :

أ- إذا كان ساحب الكمبيالة الجديدة هو الحامل عين مبلغها بالنظر إلى سعر

كمبيالة مستحقة عند الاطلاع، مسحوبة من المكان الذي كان يجب أن توفى فيه الكمبيالة الأصلية على مكان موطن الضامن ؟

ب- إذا كان ساحب الكمبيالة الجديدة هو أحد المظهرين، عين مبلغها بحسب سعر كمبيالة عند الاطلاع مسحوبة من المكان الموجود فيه موطن ساحب الكمبيالة الجديدة على مكان موطن الضامن.

ووضعت الفقرة الأولى من المادة 214 من قانون التجارة الجديد سعرا موحدا لكل كمبيالات الرجوع المحررة في المغرب، قدره ربع الواحد في المائة في جميع المدن المغربية.

وفرض المشرع تفاديا لتعدد المصاريف والرسوم، نتيجة لتعدد كمبيالات الرجوع، ألا يطالب ساحب الكمبيالة الأصلية وكل مظهر إلا برسوم سفتجة رجوع واحدة. وفقا للفقرتين الثانية والثالثة من المادة 214 اللتين جاء فيهما : «ولا يجوز أن يجمع في كمبيالة واحدة الفرق بين أسعار كمبيالات رجوع. ولا يتحمل كل مظهر فيها إلا رجوعا واحد، وكذا بالنسبة للساحب»[76] وهو ما نصت عليه كذلك المادة 483 من قانون التجارة السوري، التي جاء فيها : «إذا تعددت سفاتج الرجوع، فلا تجوز مطالبة ساحب السفتجة الأصلية، وكل مظهر لها إلا بنفقات سفتجة رجوع واحدة».

ويسوغ أن يدرج في الكمبيالة شرط يمنع سحب «كمبيالة الرجوع» أو السحب المجدد «clause sans compte de retour» كأن يقال : «دون سحب مجدد» أو «دون كمبيالة الرجوع»، وينفذ هذا الشرط أو يسري ضد جميع الموقعين إن كان واضعه هو الساحب، أما إن وضعه أحد المظهرين، فلا يمكن أن يسري أثره تجاه باقي الضامنين، وإنما يلزم هذا المظهر الذي وضعه فقط.

ويرى المرحوم الأستاذ علي العبيدي أنه يمكن الجمع بين كمبيالة الرجوع والمطالبة القضائية -اعتمادا على أمين محمد بدر والانطاكي والسباعي- قائلا : «إن سحب كمبيالة الرجوع، رغم أنه نادر الوقوع في الوقت الحاضر، لا يمنع الحامل من اتخاذ الإجراءات الخاصة بالمطالبة القضائية ضد جميع الضامنين، وذلك للمحافظة على حقوقه، وبطبيعة الحال فإنه لا يستطيع أن يستوفي حقه مرتين، إلا أن سحب

76. ومهما كان الأمر، فإن الصياغة العربية تختلف عن الفرنسية = التي جاء فيها :
«les rechanges ne peuvent être cumulés. Chaque endosseur n'en suporte qu'un seul, ainsi que le tireur».

كمبيالة الرجوع يتم بالنسبة لملتزم معين، بينما يجوز للحامل أن يطالب كل الملتزمين بالأداء أمام القضاء، وهذا يعني أنه يمكن الجمع بين سحب كمبيالة الرجوع والمطالبة القضائية»[77].

البند الرابع

سقوط حق الرجوع للإهمال

لم يعد السقوط للاهمال «la déchéance» يشمل الحامل المهمل، والضامن الاحتياطي المهمل، و المظهر المهمل في آن واحد. وإنما أصبح مفعوله بعد قانون جنيف الموحد يقتصر على الحامل وحده، ولم يبق من التزام يقع على المظهرين سوى الالتزام بالاعلام (المنصوص عليه في المادة 199) تحت طائلة التعويض إن حدثت أضرار[78].

ويعتبر الحامل مهملا «porteur négligent»، ويسقط حقه في الرجوع على الضامنين للاهمال، سواء تعلق الرجوع بالمظهرين أو الساحب أو الضامنين الاحتياطيين وبقية الملتزمين، باستثناء المسحوب عليه القابل، والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، إن لم يقم في الأجل القانوني بالإجراءات القانونية (المادة 206 من قانون التجارة الجديد) المتعلقة بالتقديم والاحتجاج.

ويتبين من هذه القاعدة والقواعد السابقة ان الحامل إما ان يكون غير مهمل، وهو الحامل اليقظ الذي يقوم بتقديم الكمبيالة للوفاء وإنجاز محضر الاحتجاج في تاريخهما أو أجلهما القانوني أو كانت بيده كمبيالة تحمل شرط «الرجوع دون مصاريف» أو «دون احتجاج» وإن كان هذا الشرط لا يعفيه من التقديم (المواد 200 و206 و 182 و 184)، ويقظته هذه تجعله يحافظ على حقه في الرجوع على الضامنين؛ وإما حامل مهمل وهو الذي تقاعس عن التقديم وإعداد الاحتجاج في تاريخهما أو

77. الأوراق التجارية في التشريع المغربي (القديم المنسوخ)، الطبعة الأولى سنة 1970 – مكتبة التومي، صفحة 401.

78. راجع كذلك روني روبلو : المرجع السابق صفحة 348، بند 408.

أجلهما القانوني فيسقط حقه في الرجوع المشار إليه أعلاه.

ويقع سقوط حق الرجوع هذا في الحالات التالية :

أ- انصرام أو فوات الأجل القانوني لتقديم الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع[79].

ب- انصرام أو فوات الأجل القانوني لإقامة احتجاج أو ابروتستو عدم القبول أو عدم الوفاء[80].

ج- انصرام أو فوات الأجل القانوني لتقديم الكمبيالة المتضمنة شرط «الرجوع بلا مصاريف» أو «الرجوع بلا احتجاج» للوفاء[81].

ولا يترتب عن إهمال الحامل أو المظهر القيام بالإعلام في الأجل القانوني (المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 199) سوى المطالبة بتعويض الأضرار الناجمة عن الاخلال بهذا الالتزام القانوني[82] دون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة.

ويسقط حق الرجوع تجاه المظهرين والساحب الذي قدم مقابل الوفاء، والضامنين الاحتياطيين والقابلين بالتدخل لأنهم يلتزمون بالكيفية التي يلتزم بها الشخص المضمون (المادة 180 ف7).

ويبقى للحامل المهمل الحق في الرجوع الصرفي مع ذلك، على :

أ- المسحوب عليه القابل، سواء تلقى أو لم يتلق مقابل الوفاء، وسواء كان الحامل مهملا أو غير مهمل، لأن المسحوب عليه يتحمل بالالتزام بصفته المدين الأصلي هنا إلى تاريخ الاستحقاق، أو بعد تاريخ الاستحقاق، ولا تبرأ ذمته تجاه الحامل إلا بالوفاء أو بالتقادم، وهو ما حذا بالمشرع إلى استثنائه وفقا للفقرة الأولى من المادة 206 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يسقط حق الحامل في الرجوع على المظهرين والساحب وبقية الملتزمين باستثناء القابل ...».

79. راجع تفصيل ذلك في صفحة 245 ومايليها من هذا الكتاب.
80. راجع تفصيل ذلك في صفحة 187 و 249 ومايليهما من هذا الكتاب.
81. راجع تفصيل ذلك في صفحة 245 ومايليها من هذا الكتاب.
82. راجع تفصيل ذلك في صفحة 190 ومايليها من هذا الكتاب.

ولا يملك الحامل، سواء كان مهملا أو غير مهمل، أن يرجع، على خلاف ذلك، على المسحوب عليه غير القابل إن كان لم يتلق مقابل الوفاء، لأنه لم يلتزم نحوه بشيء، وغير مدين له بشيء، ولكن يمكن له أن يرجع عليه إن كان قد تلقى مقابل الوفاء، في إطار انتقال ملكية هذا المقابل إليه، وذلك وفقا لقواعد ومقتضيات القانون العادي لا قانون الصرف.

ب- على الساحب الذي لم يقم بتقديم مقابل الوفاء، لأنه في مرتبة المدين الأصلي لا الضامن للالتزام، وبمعنى آخر، فهو يبقى متحملا بالالتزام الصرفي بالوفاء ولو كان الحامل مهملا، لأنه لم يقدم شيئا يمكن أن يعادل خطأ أو إهمال الحامل ويجنبه الإثراء على حسابه، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الرابعة من المادة 206 التي جاء فيها : «لكن السقوط لا يسري مفعوله تجاه الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق، وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل حق المطالبة إلا ضد المسحوب عليه ...».

ويبرر رجوع الحامل المهمل على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أن إهمال هذا الأخير أفظع وأخطر، لتقاعسه عن تقديم مقابل الوفاء الذي قد يكون سبب رفض المسحوب عليه للأداء، زيادة على أنه أدخل كمبيالة في التداول دون قيمة حقيقية لانعدام مقابل الوفاء، الأمر الذي جعل بعض الفقه الفرنسي يصف الكمبيالة في هذه الحالة بالصك دون قيمة «papier sans valeur».

ويقع إثبات وجود مقابل الوفاء على الساحب حسب الفقرة المشار إليها أعلاه من المادة 206.

ولا يمكن للحامل المهمل، على عكس ذلك، أن يرجع على الساحب الذي قدم مقابل الوفاء لأنه يكون هنا في مركز الضامن الذي قدم مقابل ما أخذ، ومن حقه التمسك بالسقوط لإهمال أو خطإ الحامل، فالخطأ وتقديم مقابل الوفاء يزيلان عن هذا الساحب كل إثراء بلا سبب.

ولا يعتبر نظام سقوط حق الرجوع من النظام العام، فهو حق للضامن، يمكن له أن يتنازل عنه، ولا يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

المبحث الثاني

الرجوع ضد المدينين الأصليين

يقصد بالرجوع الصرفي ضد المدينين الأصليين رجوع الحامل أو المظهر على المسحوب عليه القابل، سواء كان هذا الأخير قد تلقى مقابل الوفاء أو لم يتلق هذا المقابل، لأن القبول يفترض وجود مقابل الوفاء، وحجة قاطعة على ذلك تجاه المظهرين، لا تقبل إثبات العكس (الفقرة 5 و 6 من المادة 166 من قانون التجارة الجديد)، أو رجوعهما على الساحب الذي لم يقم بتقديم مقابل الوفاء، لأنه يعتبر في هذه الحالة مدينا أصليا لا ضامنا.

ويختلف الرجوع الصرفي على المسحوب عليه القابل وعلى الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء عن الرجوع الصرفي على الضامن، الذي درسناه سابقا.

1- بالنسبة للمسحوب عليه القابل :

يتجسم الخلاف في الناحيتين التاليتين :

أ- لا يسقط حق الرجوع للإهمال : يجوز للحامل أن يرجع على المسحوب عليه القابل ولو كان مُهملا؛ بمعنى، لا يحتاج هنا شأنه شأن المظهرين والضامنين الاحتياطيين والقابلين بالتدخل وبقية الملتزمين إلى الاحتجاج أو البروتستو «protêt»، ولا يلتزم بالتقديم وهو ما نصت عليه المادة 206 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها : «يسقط حق الحامل بالرجوع على المظهرين والساحب وبقية الملتزمين باستثناء القابل بعد انصرام الآجال المحددة :

– لتقديم الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع أو بعد مدة الاطلاع ؛

– إقامة الاحتجاج بسبب عدم القبول أو عدم الوفاء ؛

– لتقديم الكمبيالة للوفاء متى كانت متضمنة شرط الرجوع بلا مصاريف...»
وتطبيقا لهذا المبدأ قضى المجلس الأعلى -القرار عدد 572- في 12 أكتوبر 1977 بأن : «الاحتجاج بعدم إجراء البروتستو لا يمكن التمسك به إلا إن أقيمت الدعوى على الضامن، أما عند إقامة الدعوى على المسحوب عليه أي المدين الأصلي فإنه ليس من

اللازم القيام بهذا الإجراء»(82)(2).

ب- يعد تقادم دعوى الرجوع ضد المسحوب عليه القابل أطول تقادم :

تتقادم دعاوى الحامل والمظهرين وبقية الملتزمين، الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل، تقادما طويلا بالنظر لبقية أنواع التقادم الصرفي الأخرى، فإذا كانت دعاوى الحامل تتقادم ضد القابل بمضي مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الاستحقاق، فإن دعواه على المظهرين والساحب تتقادم تقادما أقصر، هي مدة سنة واحدة تبدأ من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل أو المهلة القانونية، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع دون مصاريف، أما دعوى المظهرين بعضهم ضد بعض وضد الساحب، فتتقادم بمضي ستة أشهر تبدأ من اليوم الذي أدى فيه المظهر مبلغ الكمبيالة، وبعبارة النص «من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبيالة»، أو من اليوم الذي أقيمت أو رفعت فيه الدعوى ضده (المادة 228 من قانون التجارة الجديد).

2- بالنسبة للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء :

يختلف رجوع الحامل الصرفي على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، باعتباره مدينا أصليا، عن الرجوع على المسحوب عليه القابل اختلافا طفيفا دعا إلى الفصل بينهما من جهة ؛ ويختلف عن الرجوع على الساحب الذي قدم مقابل الوفاء من جهة أخرى.

أ- من حيث السقوط :

لا تسقط دعوى رجوع الحامل ضد الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء بالإهمال، بمعنى يمكن له أن يرجع عليه ولو لم يقم بالتقديم أو الاحتجاج في الأجل القانوني، شأنه في ذلك شأن الرجوع على المسحوب عليه القابل، لأن هذا الساحب يعد هنا مدينا أصليا كذلك، لكن دعوى الرجوع هذه تسقط بالإهمال أي بانصرام أجل التقديم والاحتجاج إذا كان الساحب في مركز الضامن، ويكون كذلك إذا كان قد قدم مقابل الوفاء. ويظهر ذلك واضحا من الفقرة الخامسة من المادة 206 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «لكن السقوط لا يسري مفعوله تجاه الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق، وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل حق

82(2). الغرفة الأولى – المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد العدد 4 يونيو 1978 صفحة 115.

المطالبة إلا ضد المسحوب عليه».

أما دعوى الحامل ضد المظهرين وضامنيهم الاحتياطيين وبقية الملتزمين فتسقط بالإهمال أي بانصرام الآجال المضروبة للتقديم والاحتجاج (المادة 206 ف1 من قانون التجارة الجديد) كما هو الشأن في الرجوع على الساحب الضامن أي الذي قدم مقابل الوفاء.

هذا، ولا يحتاج المظهر الضامن في رجوعه الصرفي على الساحب أو على أحد المظهرين السابقين له إلى أي تقديم أو احتجاج ؛ وهو الإعفاء الذي أدخله قانون جنيف الموحد. الذي خص نظام السقوط بالحامل فحسب، كما يبدو من مطلع المادة 206 من قانون التجارة التي جاء فيها : «يسقط حق الحامل بالرجوع على المظهرين والساحب وبقية الملتزمين باستثناء القابل ...».

ب- من حيث التقادم :

لم يضع القانون تقادما خاصا أطول بالنسبة للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء (وهو مدين أصلي) كما فعل بالنسبة للمسحوب عليه (وهو مدين أصلي كذلك)، وإنما وحد مدة تقادم دعوى الحامل ضده سواء كان قد قدم مقابل الوفاء أو لم يقم بتقديم مقابل الوفاء، ولا يمكن أن يُؤوَّل النص أكثر من هذا لعمومية الصياغة، ولعدم وجود مدة أخرى. والقول بمدة جديدة أو إقامة تفرقة جديدة يعد هنا دون شك تشريعا لا اجتهادا، وهذه المدة الموحدة هي سنة واحدة، بمعنى تتقادم دعوى الحامل ضد الساحب بمضي سنة سواء كان قد قدم مقابل الوفاء (ضامن) أو لم يقدم مقابل الوفاء (مدين أصلي)، تحسب كذلك ابتداء من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل القانوني أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بدون مصاريف.

ولا يختلف كذلك تقادم دعوى الحامل ضد الساحب عن تقادم دعوى الحامل ضد المظهرين أي أن هذه الدعوى الأخيرة تتقادم بدورها بمضي سنة واحدة يبدأ حسابها من تاريخ الاحتجاج أوالبروتستو المحرر ضمن الأجل أو المهلة القانونية أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع دون مصاريف (المادة 228 من قانون التجارة الجديد).

أما دعاوى المظهرين ضد الساحب، وضد بعضهم البعض فتتقادم بانصرام أجل ستة أشهر، ابتداء من اليوم الذي أدى فيه المظهر مبلغ الكمبيالة، وبعبارة النص «من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبيالة»، أو من اليوم الذي أقيمت فيه الدعوى ضده.

وهكذا تختلف مدة تقادم دعوى الحامل ضد الساحب (وهي سنة)، عن مدة تقادم دعوى المظهرين ضد الساحب (وهي ستة أشهر)، ولا يقتصر الخلاف على المدة فحسب، بل في كيفية حساب هذه المدة كذلك، فتقادم دعوى الحامل ضد الساحب يبدأ من تاريخ الاحتجاج أو البروتستو المحرر ضمن الأجل أو المهلة القانونية أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع دون مصاريف ؛ أما دعوى المظهرين ضد الساحب فيبدأ تقادمها من اليوم الذي أدى فيه هذا المظهر المبلغ أو من اليوم الذي أقيمت فيه الدعوى ضده.

المبحث الثالث

الدعوى الأصلية

لا يترتب عن الوفاء بواسطة الكمبيالة أو تسلم كمبيالة وفاء لدين (أو الأوراق التجارية بصفة عامة) انطفاء أو انقضاء الالتزام الأصلي ؛ وبعبارة ثانية، لا تؤدي نشأة الالتزام الصرفي إلى انقضاء الالتزام العادي الناشىء عن العلاقات السابقة.

إن ما يبرر القاعدة أعلاه، أن الرأي استقر في الفقه والقضاء على أن إصدار الأوراق التجارية لا يعد تجديدا للالتزام -التجديد يعد سببا من أسباب انقضاء الالتزامات طبقا للمادة 319 من قانون الالتزامات والعقود(83)- لأن التجديد لا يفترض وفقا لقانون الالتزامات والعقود، ولا يوجد في قانون الصرف ما يخالف أو يناقض أو يلغي هذه القاعدة الواردة في المادة 347 ق.ل.ع. التي جاء فيها :

«التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله. والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه»، بل الأكثر من ذلك توجد في القانون المقارن نصوص صريحة تسن هذه المبادئ أو القواعد.

فقد نصت المادة 565 من القانون العراقي على أنه : «لا يترتب على قبول الدائن تسلم ورقة تجارية وفاء لدينه تجديد هذا الدين، إلا إذا تبين بوضوح تجاه قصد المتعاقدين إلى إحداث التجديد» والقانون الأردني في المادة 283، التي جاء فيها : «إذا سلم على سبيل إيفاء الدين، سند سحب أو سند للأمر أو غيرهما من

83. وقد جاء في هذه المادة مايلي : «تنقضي الالتزامات بما يأتي : 1- الوفاء، 2- استحالة التنفيذ، 3- الإبراء الاختياري، 4- التجديد، 5- المقاصة، 6- اتحاد الذمة، 7- التقادم، 8- الإقالة الاختيارية».

الأسناد القابلة للتظهير فلا يعد ذلك تجديدا للتعاقد ما لم تكن إرادة الطرفين تفيد العكس».

وإذا كان قانون الصرف المغربي يخلو من نص عام يحدد هذا المبدأ القانوني كما جاء في التشريعين العراقي والأردني، وإذا كانت قواعد الصرف المنظمة للكمبيالة والسند الإذني، لم تشر نهائيا إلى هذه الإشكالية، فإن قانون الصرف المنظم للشيك قد سد هذه الثغرة ونص صراحة في المادة 305 من قانون التجارة الجديد على أن إعطاء شيك أو الوفاء بواسطة شيك لا يعد تجديدا للالتزام، إذ جاء فيها : «لا يتجدد الدين بقبول الدائن تسلم شيك وفاء لدينه ؛ ويبقى الدين الأصلي قائما بكل ماله من ضمانات مرتبطة به إلى أن يقع الوفاء بالشيك المذكور».

ولكن القضاء المغربي عمم هذه القاعدة، كما جاء في اجتهاد المجلس الأعلى بتاريخ 29 يونيو 1960 «إن تجديد الدين لا يفترض، بل لابد من التصريح بإرادة التجديد، وعليه فتسليم التاجر المشتري للبائع أوراقا تجارية ليس إلا مجرد وسيلة أداء، لا تفترض بحد ذاتها، أن الطرفين قصدا انقضاء الدين القديم، بحيث يفقد الدائن الحق بالتمسك به»[84].

وأخذ بذلك القضاء المصري أيضا، إذا جاء في قضاء محكمة الاستئناف بتاريخ 27 أبريل 1932 مايلي :

«تحرير السند الإذني وفاء لدين لا يتضمن في ذاته تجديد هذا الدين، فلا يعتبر إصدار السند إلا وسيلة لتسهيل عملية الوفاء، وعلى ذلك فللدائن أن يطالب بحقوقه إما بمقتضى سنده الأصلي، وعندئذ يتعين عليه أن يسلم السندات الإذنية التي تحررت للمدين عند حصوله على الوفاء، وإما بمقتضى هذه السندات الإذنية ذاتها، ولا ينقضي دينه الأصلي عندئذ إلا إذا تم الوفاء بهذه السندات»[85].

إن النتيجة التي نستخرجها من هذه النصوص والأحكام، هي أن الدعوى الأصلية الناشئة عن العلاقات السابقة أو العقود السابقة تبقى قائمة إلى جانب الدعوى الصرفية.

ويمكن للحامل المهمل -بناء على هذه القاعدة- إن تعطلت أو سقطت دعواه الصرفية على الضامنين للإهمال -الساحب الذي قدم مقابل الوفاء، والمظهرين

84. حكم عدد 290، نشر في مجلة القضاء والقانون، العدد 33، السنة الرابعة، نوفمبر 1960، صفحة 110،

85. جاء هذا الحكم في كتاب أمين بدر المشار إليه سابقا صفحة 350.

وضامنيهم الاحتياطيين وبقية الملتزمين بالضمان- وللحامل والمظهرين الذين تقادمت دعواهم الصرفية، أن يرجعوا إلى الدعوى الأصلية العادية التي تخضع لقواعد القانون المدني في تنظيمها وإثباتها وتقادمها ورأفتها أو نظرتها إلى مسيرة ؛ وغيرها من القواعد الليبرالية المتعارضة مع قواعد الصرف القاسية والصارمة في آن واحد.

وتقوم إلى جانب هذه الحالات، التي قد ترغم الحامل أو المظهر على العودة إلى الدعوى الأصلية أو العادية، حالات أخرى لا يمكن أن تكون الدعوى فيها إلا دعوى أصلية أو عادية وإن ارتبطت بالورقة الصرفية ؛ كالدعوى المرتبطة بمقابل الوفاء ووصول القيمة، ومن أمثلة هذه الدعاوى : دعوى الحامل على المسحوب عليه غير القابل الذي يوجد لديه مقابل مقابل الوفاء، قصد استرداد المقابل الذي انتقلت ملكيته إليه -تؤسس هذه الدعوى على قواعد الوكالة- ودعوى الساحب الذي قام بالوفاء ضد المسحوب عليه غير القابل لاسترداد المقابل الذي قدم إليه من طرفه، ودعوى المسحوب عليه عند الوفاء على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء ارتكازا على قواعد الفضالة أو الوكالة أو الإثراء بلا سبب[86].

ويكون من المفيد أن نتعرض إلى بعض إشكاليات الدعوى الأصلية وإلى تحديد المحكمة المختصة للنظر فيها :

أولا : الإشكاليات التي تهيمن على الدعوى الأصلية :

إذا كان الفقه والقضاء الحديث استقرا على بقاء الدعوى العادية الأصلية إلى جانب الدعوى الصرفية ؛ فإن الفقه والقضاء الكلاسيكي القديم كان يشكك في ذلك إن لم نقل يرفض هذا البقاء.

لقد انتقد شوفو جميع النظريات المدافعة عن بقاء الدعوى الأصلية العادية إلى جانب الدعوى الصرفية[87]، والرجوع إليها عند الحاجة، مُلاحظاً أن هذه النظريات تستمد مقوماتها من نظرية السبب، في حين أن الأوراق التجارية تعد تصرفات مجردة. وحتى عند القبول بفكرة قيام العلاقتين والدعويين فلا يتصور استقلال إحداهما عن الأخرى، بل ان كل واحدة منهما تؤثر في الأخرى، لأن لهما موضوعا واحدا، ودينا واحدا، وهي ضرورة تدعو إلى البحث عن هذا التأثير المتبادل[88].

86. لا يمكنه الركون إلى دعوى الكمبيالة لأن التزام الصرفي انتهى بالوفاء.

87. التي تعرضنا إليها سابقا.

88. صفحة 188، بند 294.

وأخذت بهذا التفكير محكمة الاستئناف المصرية -قبل التراجع عنه في الحكم المشار إليه سابقا- بتاريخ 11 أبريل 1917، إذ اعتبرت في الالتزام الصرفي تجديدا قائلة : «إذا حرر تاجر كمبيالة أو سندا إذنيا وفاء لدين عليه، مهما كانت طبيعة هذا الدين، فإنه يترتب على ذلك انقضاء هذا الدين بالتجديد، فيحل محله دينا آخر من طبيعة تجارية، وتخضع الدعاوى التي تنشأ عن هذا الدين الجديد للتقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة 201 من قانون التجارة المختلط»[89].

ونتعرض الآن، لما في ذلك من الفائدة العلمية إلى قرار قضائي للمجلس الأعلى، بتاريخ 11 يناير 1971 تضمن حيثية أو مبدأ هاما في الحكم عدد 75 بتاريخ 1974، الذي جاء فيه : «اعتبار الكمبيالة كسند عاد، يمكن الاحتجاج به في أي وقت يشكل إخلالا بمقتضيات المادة 189 من القانون التجاري، التي تحدد أجل تقادم الكمبيالة في ثلاث سنوات»[90].

اعتنق المجلس الأعلى المبدأ أعلاه ردا على حيثية المحكمة الابتدائية (حكم 25 يبراير 1970) بالرباط. التي جاء فيها «إن الدفع الذي أثاره المستأنف من عدم أحقية المدعية في مطالبته بقيمة الكمبيالات لمرور أمد التقادم عليها مردود عليه، لأن القانون قد حدد فعلا طرقا معينة يجب اتباعها لاستيفاء قيمة الكمبيالة وقت الحلول، لكن هذا لا يمنع الدائن من المطالبة بدينه، أو يعفي المدين من أداء ما بذمته، وأنه ما دام الدائن قد فقد حقه في استيفاء قيمة الكمبيالات بواسطة الطرق المحددة قانونا لذلك، فليس هناك ما يمنعه من مطالبة المدين بأداء ما بذمته بناء على سند عاد معترف به، إذ أن الكمبيالة تتقادم بصفتها كمبيالة، ولا تتقادم كسند عاد، وأن التقادم لا يبرىء ذمة المدين، وإنما يحول دون إقامة الدعوى الصرفية»[91].

ولقد تعرض الأستاذ عبد الوهاب المريني، بالنقد لقرار المجلس الأعلى مبديا عددا من الملاحظات، نجملها قبل التعليق عليها وعلى القرار فيمايلي[92] :

89. جاء هذا الحكم في كتاب أمين بدر المشار إليه سابقا، صفحة 350.
90. الملف المدني عدد 476 34، نشر هذا القرار في مجلة المحاماة بالرباط، العدد 13 أكتوبر 1978 صفحة 136. صدر هذا الحكم في ظل التشريع القديم المنسوخ، إلا أن محتوى المادة لم يتغير في القانون الجديد (المادة 228 من المدونة الجديدة).
91. القرار نفسه عدد 75.
92. مجلة المحاماة، العدد الرابع عشر (14)، يناير، فبراير، مارس 1979، صفحة 141.

1- إن المجلس الأعلى لم يدقق في طبيعة الدعوى التي قدم في إطارها طلب الأداء، هل هي صرفية أم دعوى عادية، وهي مسألة ضرورية في معرفة أي النوعين من التقادم سيطبق بشأنها هل هو التقادم الصرفي أم التقادم العادي.

2- إن الكمبيالة بوصفها ورقة تجارية هي في الوقت نفسه سند دين صحيح، وعلى هذا الأساس فإن رفض اعتبار الكمبيالات مجرد سندات عادية لإثبات الدين ووثائق صالحة للمطالبة بها أمام القضاء العادي وفقا للمسطرة العادية لمجرد أنها تقادمت كأوراق تجارية طبقا للمادة 189 من القانون التجاري[93] هو رفض يؤدي إلى تحريف مفهوم التقادم باعتبار أنه يسقط الحق نفسه، وليس فقط دعوى المطالبة به.

3- إن المجلس الأعلى أصدر قرارا نشر في العدد الثاني عشر من مجلة المحاماة السابقة صفحة 80، جاء فيه : «أنه إذا سقطت الدعوى الناجمة عن الشيك بمقتضى التقادم الصرفي، فإن للمستفيد أن يطالب الساحب، الذي لم يكن له مقابل الوفاء بالدين الأصلي، طبقا لقواعد التقادم العادي المنصوص عليها في المادة 387 وما بعده من قانون الالتزامات والعقود».

4- إن المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة أصدرت بتاريخ 8 ماي 1972 حكما جاء فيه : «إذا خلت الكمبيالة من أحد الأركان الجوهرية لإنشائها، كإمضاء الساحب مثلا، فإنها لا تعتبر كمبيالة تنطبق عليها أحكام المادة 269 من المجلة التجارية، وإنما ينظر إليها كسند دين عاد خاضع للقواعد العامة، وعلى هذا الأساس فلا مجال لتطبيق المواد المذكورة ومن بينها المادة 335 المتعلقة بالتقادم في مادة الكمبيالة»[94].

وننتقل بعد عرض دفوع وحجج الأستاذ المريني إلى بيان وجهة نظرنا في القرار والتعليق فيمايلي :

1- كان على الشركة أن تستغل المفهوم الخاص للتقادم في قانون الصرف، ربحا للوقت والمصاريف، وصرامة هذا القانون الأخير، فالتقادم الصرفي يقوم فقط على قرينة الوفاء التي يمكن تعطيلها بإثارة اليمين المنصوص عليها في المادة 189 تجاري مغربي (المقابلة للمادة 228 ف6 الأخيرة)، لأن هذه اليمين ليست من النظام العام، ولا يمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، لأن التقادم ذاته ليس من النظام

93. المقصود المادة 189 من القانون القديم المنسوخ وهي تقابل المادة 228 من قانون التجارة الجديد.
94. مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 1 و 2، السنة السادسة عشر 1974.

العام (المادة 372 من ق.ل.ع.م.)[95] وبمعنى آخر، فإذا رفض المسحوب عليه الوفاء، دافعا بالتقادم كان على الشركة الحامل، أن تطالبه بأداء اليمين على أنه وفّى فعلا، فإن أدى هذه اليمين أو حلفها برئت ذمته، أما إن نكل ورفض أداء اليمين حكمت عليه المحكمة بالأداء بالرغم من التقادم طبقا للمادة 189[96] من القانون التجاري، التي جاء في فقرتها الأخيرة «ومع ذلك، إذا طلب من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين، كان ملزما بأدائها كما تلزم أرملته وورثته وذوو حقوقه على أداء اليمين بأنهم يعتقدون عن حسن نية براءة ذمة موروثهم من الدين».

إن هذه اليمين الحاسمة تنهي النزاع، ولا يمكن من جهة أخرى التنازل عن التقادم إلا بعد حصوله طبقا للمادة 373 ق.ل.ع.م. التي جاء فيها : «لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ التنازل عنه بعد حصوله».

ولكن سلوك طريق اليمين شائك ومحفوف بالأخطار، ويُرجّح عليه سلوك طريق الدعوى الأصلية، لا لسبب الا لكون إيمان الناس أصبح ضعيفا، وأكل أموال الناس بالباطل أصبح شائعا، وأداء اليمين لم يعد عائقا ولا رادعا تجاه من أعماه الطمع والجشع والثراء.

2- لا مقارنة بين الكمبيالة الصحيحة التي تخضع لقانون الصرف وتقادمه الخاص، القائم على مبدإ قرينة الوفاء ومبدإ اليمن، مع الكمبيالة الباطلة التي تخضع للقانون العادي في أحكامها وتقادمها.

3- إن المطالبة بقيمة الشيك، المشار إليها سابقا -لا تختلف هذه الإشكالية في الشيك عن الإشكالية في الكمبيالة- تتعلق بمقابل الوفاء، ونزاعات مقابل الوفاء، ووصول القيمة نزاعات عادية، خارجة عن إطار قانون الصرف، وتخضع للقانون العادي في تقادمها وأحكامها.

4- لا يمكن للشركة المذكورة في الحكم أن تطالب بالمبالغ الثابتة في الكمبيالة بدعوى عادية، لأن هذه المطالبة صرفية في ذاتها، أي تطالب بالتزام صرفي أدركه التقادم، ولا يغير من طبيعة هذا الالتزام أن تصف الشركة المعنية مطالبتها بالمطالبة العادية، لأن في ذلك تحريفا لقانون الصرف وخرقا له.

95. التي جاء فيها : «التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لابد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به، وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه».

96. تقابل المادة 228 من قانون التجارة الجديد. وسنحدد موقفنا من هذه المادة فيما بعد.

ولكن كان أمام الشركة دعويان عليها وعلى من يواجه الظروف ذاتها أن يختار بينها :

أ- إما دعوى صرفية بالمطالبة بمبلغ أو قيمة الكمبيالة بالرغم من أنها تقادمت، فإن دفع المسحوب عليه بالتقادم الصرفي المنصوص عليه في المادة 189 من القانون التجاري (القديم المنسوخ) مثلا كان للحامل أن يواجهه باليمين لأن التقادم (ككل تقادم قصير الأجل أو المدة) قائم على قرينة الوفاء، فإن حلفها برئت ذمته، فإن نكل حكمت عليه المحكمة بالوفاء بالرغم من مضي المدة (ولكن سلوك اليمين شائك وخطير كما قلنا سابقا).

وما يقال عن تقادم دعوى المسحوب عليه، يصدق بالنسبة لباقي الدعاوى على باقي الملتزمين الضامنين.

ولا يخفى على الباحث والقارىء أن هذه اليمين تشكل سيفا ذا حدين ومجازفة خطيرة في رؤيتنا للأسباب التالية أيضا :

1- تبرىء ذمة المسحوب عليه والضامنين المدعى عليهم بأدائها لأنها حاسمة.
2- تبرأ الذمة بأداء اليمين ولو لم يكن الوفاء قد حصل لأن اليمين حاسمة.
3- نعتقد أن أداء اليمين أو حلفها يحول نهائيا دون الرجوع إلى الدعوى الأصلية العادية.

لذلك قد يكون من الأفضل أن يهمل الحامل – أو الضامن الذي دفع – إستعمال هذه اليمين لضعف إيمان الناس وطغيان المادة، ويستعمل الدعوى الأصلية أو العادية وهي الحالة الثانية.

ب- أو دعوى عادية ترتكز على العلاقة السابقة لا على المطالبة بمبلغ الكمبيالة، ويُدلى بالكمبيالة كحجة إثبات تخضع للقواعد العادية المتعلقة بالإثبات بالكتابة، التي تختلف باختلاف ما إذا كانت الكمبيالة رسمية أو عرفية (المواد 399 إلى 477 من ق.ل.ع.م.).

ونرى استنادا إلى هذه المبادىء أن :

1- المجلس الأعلى قد صادف الصواب إن كانت الشركة قد اكتفت أمام المحكمة بالمطالبة بمبلغ الكمبيالة، لأن هذه المطالبة صرفية، وقد أدركها التقادم، وأن الشركة فوتت على نفسها فرصة إثارة اليمين المنصوص عليها في المادة 189 من القانون التجاري (المقابلة للمادة 228 من المدونة الجديدة).

2- إن المجلس الأعلى قد جانب الصواب إن كانت الشركة قد رفعت دعوى عادية أو مطالبة عادية، ترتكز على العلاقة السابقة (علاقة مقابل الوفاء) التي أدت إلى إصدار الكمبيالة، وأنها قدمت الكمبيالة التي بين يديها كحجة لإثبات عدم الوفاء بالالتزام العادي فقط.

وهكذا تكون هذه الدعوى عادية، والكمبيالة وسيلة كتابية للإثبات، ويكون التقادم الخاص بهذا الالتزام العادي إما خمسة عشر سنة (المادة 387 من ق.ل.ع.م.) وهو أطول تقادم وإما أقصر من ذلك حسب الأحوال المنصوص عليها -خمس سنوات، سنتان، سنة واحدة- في المواد 388 إلى 392 من ق.ل.ع.م.

وقد ظهرت هذه التفرقة فيما يخص هذا التقادم واضحة من المادة 217 من القانون التجاري الأردني التي جاء فيها : «بالرغم من انقضاء ميعاد التقادم على سند السحب، وسائر الأوراق التجارية، يجوز للدائن إقامة الدعوى ضمن مدة التقادم العادي المدني بطلب الحق الذي من أجله أعطيت الورقة التجارية، وتقبل الورقة في معرض البينة لإثبات هذه الدعوى».

ونشير في ختام هذا التعليق إلى أن استعمالنا لعبارتي صادف الصواب في حالة، وجانب الصواب في حالة أخرى يرجع إلى غموض القرار، وعدم قدرته على ضبط الحالتين.

ثانيا : المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الأصلية :

لم تكن مشكلة الاختصاص قائمة قبل القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث المحاكم التجارية الصادر عن مجلس النواب في 26 شعبان 1417 (موافق 6 يناير 1997) -ظهير التنفيذ رقم 1.97.65 بتاريخ 12 فبراير 1997 ؛ الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997- حيث كانت المحكمة الابتدائية (القضاء العادي) تنظر وحدها في سائر الدعاوى مدنية كانت أو تجارية (نظام القضاء الموحد)، ويغض النظر عن كون دعوى الكمبيالة صرفية أم عادية أصلية ؛ ولكن هذه الوضعية تغيرت الآن بإحداث المحاكم التجارية (نظام القضاء المزدوج أو المتعدد الأطراف : مدني، تجاري، إداري وغيره مستقبلا)، الأمر الذي يطرح جديا مشكلة الاختصاص في نظر الدعوى العادية أو الأصلية المرتبطة بالكمبيالة !

إذا كانت الدعوى الصرفية (الالتزام الصرفي) أو دعوى الكمبيالة لا تثير مشكلة لأن الاختصاص النوعي يرجع إلى المحكمة التجارية طبقا للمادة 5 ف3 ككل

دعاوى الأوراق التجارية، التي يوجد في دائرتها الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، فإن لم يكن له موطن في المغرب، انعقد الاختصاص لمحكمة محل الإقامة، وإلا أمكن مقاضاته أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي أو واحد منهم في حالة التعدد ؛ وإذا تعدد المدعى عليهم، أمكن للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم (المادة 10 من قانون احداث المحاكم التجارية) ؛ مع مراعاة أحكام المادة 12 التي تمكن الأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة ؛ فإن الأمر يختلف بالنسبة للدعوى الأصلية أو العادية التي ترتكز على العلاقات السابقة التي قد تكون علاقة تجارية أو مدنية أو مختلطة.

ولأجل هذا التباين فإن الاختصاص النوعي على الخصوص يختلف باختلاف طبيعة العلاقة الأصلية أو العادية السابقة :

أ- فإذا كانت العلاقة السابقة أو العادية تجارية طبقا للمواد 6 و 7 و 8 و10 من مدونة التجارة الجديدة، انعقد الاختصاص النوعي أيضا للمحكمة التجارية طبقا للمادة 5 كذلك، التي جاء فيها تختص المحاكم التجارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية (ف1)، والدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية (ف2)، والنزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية (ف4)، والنزعات المتعلقة بالأصول التجارية (ف5) ويبقى الاختصاص المحلي خاضعا للمادة 10 من قانون إحداث المحاكم التجارية، وتطبق عليها قواعد قانون التجارة لا قانون الصرف.

ب- أما إذا كانت العلاقة السابقة أو الأصلية العادية مدنية صرفة أو محضة انعقد الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية (المواد 18 و 19 و 28 من قانون المسطرة المدنية)، والاختصاص المحلي للمادة 27 من قانون المسطرة الذي لا يختلف مبدئيا عن الاختصاص المحلي في القضايا التجارية (المادة 10 السابقة).

ج- ويجوز إذا كانت العلاقة الأصلية مختلطة (مدنية من جانب أحد الأطراف وتجارية من جانب الطرف الآخر)، أن يتفق التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر (العمل المختلط) وذلك طبقا للمادة 5 من قانون احداث المحاكم التجارية.

ولكن هذا النوع من الاتفاق المتعلق بالاختصاص لا يلغي قواعد المادة 4 من مدونة التجارة المتعلقة بجوهر النزاع. بمعنى لا يمكن أن يواجه الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا بقواعد القانون التجاري، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.

الفرع الرابع

التقادم «la prescription»

يختلف تقادم الدعوى «prescription» عن سقوط حق الرجوع الصرفي «déchéance» اختلافا جوهريا، فإذا كان السقوط يشكل نظاما أو جزاء يسلط على الحامل المهمل نتيجة لتقاعسه عن اتخاذ الإجراءات القانونية المتعلقة بالتقديم والاحتجاج في الآجال القانونية -كان نظام السقوط هذا يسلط حتى على المظهرين المهملين وباقي الملتزمين الضامنين في القانون الفرنسي القديم، وذلك قبل الأخذ بقانون جنيف الموحد، الذي حصر مفعوله على الحامل المهمل تأثرا بالنظريات الألمانية[97]- فإن التقادم نظام لانقضاء الالتزامات بمضي مدة زمنية يحددها القانون كما هو واضح من المادة 371 من ق.ل.ع.م. التي جاء فيها : «التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام».

ولم يخضع المشرع المغربي تقادم الالتزام الصرفي الناشيء عن الكمبيالة للتقادم العادي الطويل، الذي حدد في المادة 387 من ق.ل.ع.م. بخمسة عشر سنة[98] -مع مراعاة الاستثناءات الأخرى، التي يعد تقادم الالتزام الصرفي واحدا منها- ولا للتقادم الخمسي الخاص بالدعاوى التجارية المنصوص عليه في المادة 388 من ق.ل.ع.م.[99] ولا حتى للمادة 5 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها: «تتقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار، بمضي خمس سنوات، ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة»[100] ؛ وإنما جعل له

97. ويلاحظ أن نظام سقوط دعوى الرجوع الصرفي للإهمال تلحق حتى المظهرين في القانون المصري وفقا للمادة 170 تجاري. طه : المرجع السابق صفحة 193، بند 244.

98. وقد جاء في المادة 388 ما يلي : «كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة».

99. وجاء في المادة 3[illegible] تعديل بظهائر 8 أبريل 1938، و6 يونيو 1954، و 2 أبريل 1955) مايلي : «تتقادم بخمس سنوات : دعاوى التجار و الموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها لغيرهم من التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل حاجات مهنهم...».

100. وتعد من هذه المقتضيات الخاصة المقتضيات المتعلقة بالكمبيالة.

تقادما قصيرا يتلاءم مع طبيعة الكمبيالة وأجل الائتمان، الذي غالبا ما يعطى لأجل قصير لا يتجاوز مبدئيا ستة أشهر، وقد لا يزيد أطوله في الميدان التجاري عن سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات إلا استثناء ؛ ومرونة تجعل مدته تتغير بتغير مركز المدين الموقع.

ووضع المشرع المغربي تأثرا بالقانون الموحد ثلاثة أنواع من التقادم، تختلف مدتها باختلاف مركز المدين الملتزم وذلك على الشكل التالي :

أ- تقادم الدعوى الصرفية ضد المسحوب عليه القابل :

تتقادم دعوى الحامل والساحب والمظهر، والضامن الاحتياطي ضد المسحوب عليه القابل، بمضي ثلاث سنوات. وتعتبر مدة هذا التقادم أطول مدة نظرا لأن المسحوب عليه القابل هو المدين الأصلي الرئيسي، ولأن الملتزمين الآخرين ما هم إلا مجرد ضامنين. وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 228 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «تتقادم جميع الدعاوى الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي مدة ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق».

ويشمل هذا التقادم المسحوب عليه القابل وضامنه الاحتياطي لأنه يلتزم بالكيفية التي يلتزم بها هذا الشخص المضمون (الفقرة 7 من المادة 180 من قانون التجارة الجديد).

ويبدأ حساب المدة من تاريخ الاستحقاق ما لم يتعلق الأمر بكمبيالة واجبة الدفع بمجرد الاطلاع، حيث يبدأ الحساب من تاريخ التقديم، أو كمبيالة واجبة الاستحقاق بعد مدة من تاريخ الاطلاع حيث يبدأ من تاريخ القبول أو من تاريخ الاحتجاج (المادة 182 ف1 و ف3 من قانون التجارة الجديد)[101].

ب- تقادم دعوى الحامل الصرفية ضد الساحب والمظهرين :

تتقادم دعوى الحامل الصرفية ضد الساحب والمظهرين بمضي مدة أقصر من مدة التقادم ضد القابل، لأن هؤلاء يوجدون في مركز الضامنين وهذه المدة هي سنة.

101. وقد جاء في المادة 182 ما يلي : «تكون الكمبيالة المستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع واجبة الوفاء عند تقديمها، ويجب تقديمها في ظرف سنة من تاريخ تحريرها، ويجوز للساحب أن ينقص من هذا الأجل أو يزيد فيه، ويجوز للمظهرين أن ينقصوا هذه الآجال ....
يحسب تاريخ استحقاق الكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع ابتداء من يوم القبول أو من يوم الاحتجاج...»

ويبدأ حساب هذه المدة ابتداء من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل أو المهلة القانونية، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بلا مصاريف (الفقرة الثانية من المادة 228 من قانون التجارة الجديد).

ويشمل مفعول هذا التقادم إلى جانب الساحب والمظهرين ضامنيهم الاحتياطيين الذين يلتزمون بالكيفية التي يلتزم بها هؤلاء (الفقرة 7 من 180 من قانون التجارة الجديد).

ج- تقادم دعوى المظهرين الصرفية ضد بعضهم البعض وضد الساحب :

أخضع المشرع هذا التقادم الصرفي لأقصر مدة، وقد يكون الدافع إلى ذلك هو تشابك هذه العلاقات وتعدد أطرافها، وهذه المدة هي ستة أشهر، يبدأ حسابها من اليوم الذي أدى فيه المظهر مبلغ الكمبيالة، وبعبارة النص «من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبيالة»، أو من اليوم الذي أقيمت فيه الدعوى ضده (الفقرة الثالثة من المادة 228 من قانون التجارة الجديد).

ويشمل أثر هذا التقادم الضامن الاحتياطي للمظهر أو للساحب (الفقرة 7 من المادة 180) لأنه يلتزم بالكيفية التي يلتزم بها هؤلاء.

ويلاحظ أن القانون المصري وضع مدة تقادم واحدة بالنسبة لجميع الملتزمين الموقعين من مدينين أصليين أو ضامنين، وبالنسبة لجميع الأوراق -كما كان عليه الحال في القانون الفرنسي القديم (المادة 189 من قانون 1807)- وهي مدة خمس سنوات كما جاء في المادة 194 تجاري «كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو السندات التي تحت إذن، وتعتبر عملا تجاريا، أو بالسندات التي لحاملها، أو بالأوراق المتضمنة أمرا بالدفع أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية، يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين ...».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج الدولية فوضعت هي الأخرى تقادما موحدا، ولكنه يقوم على التمييز بين حالتين : حالة المدين الرئيسي والضامن من جهة، وحالة الموقع الذي يقوم بالأداء من جهة أخرى ؛ جاعلة أجل التقادم في الحالة الأولى أربع سنوات، وفي الحالة الثانية سنة واحدة، وذلك في فقرتين من المادة 84، اللتين جاء فيهما : « **1-** لا يجوز بعد انقضاء أربع سنوات ممارسة الحق في إقامة دعوى ناشئة عن الصك...

2- يجوز للموقع الذي يدفع قيمة الصك وفقا للمادة 70 وللمادة 71، أن يمارس حقه في إقامة الدعوى على أي موقع ملتزم تجاهه خلال سنة من تاريخ الوفاء».

ويقوم التقادم الصرفي على قرينة الوفاء «présomption de paiement»، بمعنى أن السكوت عن المطالبة مدة ثلاث سنوات أو سنة أو ستة أشهر حسب مركز المدين المتحدث عنه سابقا يفترض حصول الوفاء، إلا أن هذه القرينة على خلاف التقادم العادي الطويل (المادة 387 ق.ل.ع.م.) القائم على خمسة عشر سنة ليست قاطعة : وإنما يمكن أن تدحض ؛ وتعطل قرينة الوفاء هاته، المقررة لفائدة المدين إما :

أ- باليمين : وهي وسيلة قانونية تفرق ما بين التقادم العادي الطويل الأمد (المادة 387 السابقة) والتقادم الصرفي -ما عدا التقادم القصير المدة المنصوص عليه في المادتين 388 و 389 من ق.ل.ع.م، ومن ضمنها دعاوى التجار والموردين وأرباب المصانع بسبب التوريدات التي يقدمونها (المادة 390 من ق.ل.ع.م.[102])- وحاسمة للنزاع «décisoire» لا يمكن أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، ويوجهها الدائن المدعي، أما المدين المدعى عليه فلا يسوغ له أن يطالب بأدائها وتوجه إلى المدين أو أرملته أو ورثته أو أوصيائهم إن كانوا قُصّرا -بالقياس على المادة 390 ف 2 من ق.ل.ع.م.- بأن يقسموا بأنهم يعتقدون عن حسن نية ببراءة ذمة موروثهم من الدين (الفقرة 6 من المادة 228 من قانون التجارة الجديد) فإن أدى اليمين من وجهت إليه برئت ذمته، أما إن نكل من وجهت إليه اليمين، حكمت عليه المحكمة بالوفاء بالرغم من التقادم، إلا أن أثر هذا الحكم لا يسري إلا على من كان طرفا في الدعوى.

وقد نصت هذه الفقرة السادسة والأخيرة من المادة 228 من قانون التجارة الجديد على أنه : «غير أنه إذا طلب من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين، كان ملزما بأدائها كما يلزم ورثته وذوو حقوقه بأداء اليمين على أنهم يعتقدون عن حسن نية براءة ذمة موروثهم من الدين».

102. – والتقادم في هاتين المادتين قصير بالنظر إلى خمسة عشر سنة وهو إما خمس سنوات، أو سنتان، أو سنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما.
وقد جاء في المادة 390 (تعديل 6 يوليوز 1954) ما يلي : «... ومع ذلك يحق للأشخاص الذين يحتج ضدهم بالتقادم المنصوص عليه في المادتين 388 و 389 المذكورين آنفا، أن يوجهوا اليمين للأشخاص الذين يتمسكون به، ليقسموا أن الدين قد دفع فعلا، ويسوغ توجيه اليمن لأرامل هؤلاء ولورثتهم ولأوصيائهم إن كانوا قاصرين ليصرحوا بما إذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مستحق».

ولقد سبق أن وضحنا أن سلوك طريق اليمين شائك ومحفوف بالاخطار لطغيان المادية وضعف ايمان منعدمي الضمائر الحية.

ب- الاعتراف : يعتبر الاعتراف بالدين سيد البينات، وخصلة حسنة ومحمودة لا يقدر عليها إلا الشرفاء، لذلك ما كان للقضاء أن يفعل أكثر من تزكية هذا المبدأ ولو حصل التقادم، لأن التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء، إلا أن الجديد في القضاء أن الاعتراف قد يكون صريحا، ولا يثير أية إشكاليات. وقد يكون ضمنيا مما يجعله محل نقاش، وهكذا ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المدين الذي ادعى عدم وجود الدين نهائيا، أو دفع بتجديده، أو الابراء الاختياري، أو المقاصة، لا يمكن له أن يتمسك بعد إثبات وجود الدين أو عدم وجود التجديد أو الإبراء أو المقاصة بالتقادم لأن فشله في ادعائه ينهض حجة واعترافا ضمنيا بعدم الوفاء[103]، بل أن بعض الفقه يذهب إلى أبعد من ذلك مدعيا بأن وجود الكمبيالة بيد المدعي الدائن دليل على عدم وفاء المدين بها، خاصة أن المشرع حدد طريقة إثبات الوفاء في المادة 185 من قانون التجارة الجديد التي جاء فيها :

«يحق للمسحوب عليه الذي وفّى مبلغ الكمبيالة كليا أن يطلب تسليمها إليه موقعا عليها بما يفيد الوفاء ؛

لا يجوز للحامل أن يرفض وفاء جزئيا ؛

يجوز للمسحوب عليه في حالة الوفاء الجزئي أن يطالب بإثبات هذا الوفاء على الكمبيالة وبتسليمه توصيلا بما أداه ؛

إن المبالغ المؤداة على حساب الكمبيالة تبرىء ذمة الساحب والمظهر.

ويتعين على الحامل أن يطلب إقامة احتجاج بالمبلغ الباقي».

واستقر القضاء الفرنسي على أن الاعتراف «l'aveu» يمكن أن يكون صريحا، ويمكن أن يكون كذلك ضمنيا «implicite» يستنتج من الوسائل التي أثارها المدين أمام القضاء[104].

103. روني روبلو : صفحة 374، بند 447.

104. جانتان «Jeantin» المرجع السابق، صفحة 206 و 207، فقرة 383.

ولقد قضت المحكمة الابتدائية لمدينة الدار البيضاء بتاريخ 9 فبراير 1952 بأن المدين بكمبيالات تحمل القبول يكون من حقه أن يرفض وفاءها ما دامت الكمبيالات المؤداة سابقا من طرفه لم يقع إعادتها إليه[105].

ويشترط توفر بعض الشروط لإعمال التقادم الصرفي هي التالية :

أ- أن تكون الكمبيالة صحيحة، ولا تكون كذلك، إلا إذا توفرت على البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 159، مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 160 من قانون التجارة الجديد.

ولا يمكن أن تكون الكمبيالة الباطلة إلا ورقة عادية خاضعة في انقضائها أو انطفائها للتقادم العادي المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود.

ب- أن يكون المدين الملتزم موقعا على الكمبيالة، فإن لم يكن موقعا عليها، تعطل الدفع بالتقادم الصرفي. فما دام أن الرجوع على المسحوب عليه غير القابل مثلا، لا يمكن أن يكون إلا عاديا، فالتقادم بدوره لا يمكن أن يكون كذلك إلا عاديا.

ج- لا يعطل التقادم الصرفي سوى الدعوى الصرفية، أما الدعاوى العادية فتبقى خاضعة للقانون العادي ولتقادمه.

ويكون مفيدا هنا، أن نشير إلى حكمين صادرين عن المجلس الأعلى، الأول يُعَدُّ قديما نسبيا غير دقيق، والثاني حديثا نسبيا عاد إلى جادة الصواب والدقة المطلوبة.

إن القرار الخاطىء وغير الدقيق صدر بتاريخ 11 يناير 1971 -عدد 75، في الملف المدني 34476- يذهب إلى أن «اعتبار الكمبيالة كسند عاد يمكن الاحتجاج به في أي وقت يشكل إخلالا بمقتضيات المادة 189 من القانون التجاري الذي يحدد أجل تقادم الكمبيالة في ثلاث سنوات»[106].

أما القرار الثاني، الذي يساير أفكارنا والرأي الغالب الساحق في الفقه والقضاء الحديث، ويتماشى مع روح النصوص، فصدر بتاريخ 16 أكتوبر 1985

105. جريدة المحاكم المغربية «G.T.M.» عدد 1202، سنة 1957.

106. تقابل المادة 189 من القانون القديم المنسوخ المادة 228 من قانون التجارة الجديد.
نشر هذا الحكم في مجلة المحاماة المغربية عدد 13 سنة 1978 صفحة 136.

-عدد 2441، الملف المدني 95895- ويقضي بما يلي :

«تخضع الكمبيالة للتقادم القصير الأمد متى توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 128 من قانون التجارة[107] «والتي لا تعوض بغيرها»، وإلا اعتبرت مجرد سند دين عاد إذا توفرت فيها شروط السند العادي، ويخضع للتقادم العادي «حسب طبيعة الدين» ؛

تكون المحكمة على صواب لما اعتبرت الكمبيالة التي تنقصها شروط إنشائها سند دين عاد لكونها تحمل التزام المسحوب عليه بالتوقيع»[108].

وننتقل الآن إلى الكلام في عجالة عن انقطاع التقادم ووقفه.

1- انقطاع التقادم «l'interruption de la prescription»

ينقطع التقادم الصرفي بأسباب التقادم العادي – ترك قانون جنيف الموحد لكل دولة حرية تحديد الأسباب التي تراها لازمة لقطع التقادم – لأن المشرع لم يضع أسبابا خاصة لانقطاع التقادم الصرفي.

ونجد بالرجوع إلى المادتين 381 و 382 من ق.ل.ع.م. أن هذه الأسباب هي التالية :

أ- كل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لهاتاريخ ثابت، من شأنها أن تجعل المدين في حال مطل لتنفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص أو قضي ببطلانها لعيب في الشكل (الفقرة الأولى من المادة 381 ق.ل.ع.م.).

ولا تسري آماد أو آجال التقادم في حالة رفع دعوى لدى القضاء إلا ابتداء من تاريخ آخر مطالبة (الفقرة 4 من المادة 228 من قانون التجارة الجديد).

ويترتب عن انقطاع التقادم الصرفي هنا، بدء تقادم صرفي جديد، ما عدا إذا صدر حكم بأداء الدين أو أقربه المدين في محرر مستقل طبقا للفقرة الرابعة من المادة 228 التي استعملت عبارة «ولا تطبق هذه الآجال»، وبمعنى آخر، يبدأ من تاريخ صدور الحكم تقادم عاد خاضع لقانون اللالتزامات والعقود -في المغرب خمسة عشر سنة مع

107. تقابل المادة 159 من قانون التجارة الجديد.

108. قضاء المجلس الأعلى عدد 39 سنة 1986.

مراعاة الاستثناءات (المواد 387 إلى 389)، وفي فرنسا ثلاثين سنة- لأن المدين أصبح ملتزما بالوفاء بمقتضى الحكم لا بالكمبيالة.

ويجب عدم الخلط هنا بين تقادم الدعاوى الناشئة عن الالتزام (المواد 387 إلى 389 من قانون الالتزامات والعقود) أو الدعاوى الناتجة عن الكمبيالة (المادة 228 من قانون التجارة) من جهة، وبين تقادم الأحكام الذي هو ثلاثون سنة طبقا للمادة 428 (تعديل بالقانون رقم 18.82 الصادر عن مجلس النواب في 8 يونيو 1982، المنفذ بظهير 5 أكتوبر 1984) من قانون المسطرة المدنية التي جاء فيها : «تكون الأحكام قابلة للتنفيذ خلال ثلاثين سنة من اليوم الذي صدرت فيه وتسقط بانصرام هذا الأجل.»

ب- بطلب قبول الدين في التسوية أوالتصفية القضائية – لأن نظام الإفلاس تم نسخه بالمواد 545 إلى 732 من قانون التجارة الجديد – وخاصة المواد المتعلقة بالتصريح بالديون (المواد 686 إلى 690) والفقرة الثانية من المادة 381 ق.ل.ع.م.

ج- بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين، أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات (الفقرة الثالثة من المادة 381 ق.ل.ع.م.).

د- ينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين، أو أدى المدين قسطا منه، وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء، أو قدم كفيلا. أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين (المادة 382 من ق.ل.ع.م.).

ويبدأ عند انقطاع التقادم بسبب صحيح تقادم جديد (المادة 383 ق.ل.ع.م.) إلا أن هذا التقادم قد يكون صرفيا، وقد يكون عاديا.

يكون التقادم الجديد عاديا، ويخضع لقانون الالتزامات والعقود إذا حصل الاعتراف في محرر مستقل (الفقرة الرابعة من المادة 228 تجاري) لأن هذا الاعتراف المستقل يشكل تجديدا للدين يحل محل الالتزام الصرفي القديم. فيكون تقادمه تبعا لذلك تقادما عاديا، مهما كان شكل هذا الاعتراف المستقل -إن كانت له ذاتية خاصة

كافية للتدليل عليه- سواء كان في محرر رسمي أو عرفي بل حتى لو أخذ شكل رسالة.

ويكون التقادم الجديد صرفيا إن لم يتخذ شكل المحرر المستقل، وقد يكون هذا الاعتراف الذي يعتبر جزءا من الكمبيالة صريحا أو ضمنيا، كطلب أجل للوفاء أو تقديم كفيل، أو الدفع بالمقاصة (المادة 382 من ق.ل.ع.م.)، وغيرها من وسائل الاعتراف، التي يقع إثباتها بكافة وسائل الإثبات.

وإذا كان أثر انقطاع التقادم الصرفي (الفقرة الخامسة من المادة 228 من قانون التجارة الجديد)[109] كانقطاع التقادم العادي (الفقرة الثانية من المادة 176 ق.ل.ع.م.)[110] لا يسري إلا على الشخص الذي وجه ضده الإجراء القاطع، فإن انقطاع التقادم الصرفي يخضع لاستثناء هام يجعل هذا الأثر يسري كذلك ضد الضامن الاحتياطي، لأن هذا الأخير يلتزم بالكيفية التي يلتزم بها الشخص المضمون (الفقرة 7 من المادة 180 من قانون التجارة الجديد).

2- وقف التقادم «suspension de la prescription» : لم يتكلم القانون التجاري المغربي القديم المنسوخ ولا الجديد عن وقف التقادم الصرفي، لذلك فلا مناص من تطبيق قواعد قانون الالتزامات والعقود عليه، إلا أن هذا الاعتماد يجعلنا نصطدم بالمادة 379 ق.ل.ع.م.، التي توقف سريان التقادم ضد القاصرين إلى أن يرشَّدوا، أو يبلغوا سن الرشد أو أن يُعيَّن نائب قانوني لهم. وقد جاء في هذه المادة ما يلي : «لا يسري التقادم ضد القاصرين غير المرشدين، وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم، وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أوترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم».

ونتساءل الآن عن مدى أثر هذه القاعدة أو المادة على التقادم الصرفي ؟

فنرى مع الرأي الغالب، أن وقف التقادم لصغر السن أو الحجر يتنافى مع طبيعة التقادم الصرفي، التي تجعل منه تقادما قصيرا، قائلين أن التقادم الصرفي يسري ضد هؤلاء جميعا لأن انتظار الترشيد أو بلوغ سن الرشد أو تعيين النائب

109. وقد جاء في هذه الفقرة : «لا يسري أثر قطع التقادم إلا على الشخص الذي اتخذ إزاءه الإجراء القاطع...»

110. وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 176 ق.ل.ع.م. ما يلي : «وقف التقادم وقطعه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يوقف التقادم ولا يقطعه بالنسبة للآخرين، والتقادم الذي يتم لصالح أحد المدينين لا يفيد الآخرين».

القانوني من شأنه أن يطيل مدة التقادم مما يتنافى وقانون الصرف[111].

ويرى جانتان «Jeantin» خلاف هذا الرأي، ذاهبا إلى أنه بالرغم من أن قانون التجارة الفرنسي ساكت عن هذه المسألة، فإن الفقه يقدر بأن التقادم الصرفي لا يجري تجاه المحجورين والقصر (المادة 2278 من القانون المدني) وكذا الذين كانوا في حالة قوة قاهرة تجعل من المستحيل عليهم القيام بأي تصرف[112].

وقد استقر الاجتهاد القضائي السوري، كالاجتهاد القضائي الفرنسي، على عدم الاعتداد بالصغر والتحجير كما يظهر من قولة الانطاكي والسباعي «لم يتعرض قانون التجارة للأسباب التي توقف التقادم حسب أحكام القانون العام كالصغر والحجر. وقد أقر الاجتهاد أن هذه الأسباب لا توقف التقادم الخاص بالاسناد التجارية. فلا يحق إذن للدائن القاصر أو المحجور عليه أن يدعي بوقف سريان التقادم، المطبق على السفتجة حتى بلوغه أو رفع الحجر عنه»[113].

ونظن أن هذه الإشكالية أو المسألة اصطناعية أكثر منها جدية، ذلك أن الموقع على الكمبيالة إما أن يكون راشدا متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه أو قاصرا تاجرا، فالالتزام بالكمبيالة التزام صحيح بالنسبة إليه، ويحق له التمسك بالتقادم، وإما أن يكون قاصرا غير تاجر، أولا تتوفر فيه أهلية الالتزام، فتكون الكمبيالة باطلة تجاهه، فإن فاته التقادم يمكن له التمسك بالبطلان (المادة 164 من قانون التجارة الجديد).

أما من وجهة النظر الثانية المخالفة لرؤيتنا، فيكون له التمسك بالتقادم والبطلان معا. ومهما كان الأمر، فالنتيجة واحدة.

111. راجع كذلك روني روبلو : المرجع السابق، صفحة 371 بند 442.

112. المرجع السابق صفحة 206 – فقرة 383.

113. المرجع السابق، صفحة 355. بند 672.

شكل الكمبيالة أو السفتجة	القبول أو الضمان الاحتياطي
3.000,00 درهم — الرباط في 20 غشت 1980 الرجاء أن تدفعوا مقابل هذه الكمبيالة : — تاريخ الاستحقاق 10 يناير 1981 (المستفيد) لاذن : السيد عمرو الطنجاوي مبلغ ثلاثة الاف درهم المسحوب عليه — مكان اسم الساحب وتوقيعه — زيد المراكشي — الوفاء «الموطن» — أكادير سمير الماوردي — شارع محمد الخامس، رقم 12، الدار البيضاء (الطابع) التنبر — بيانات اختيارية : الرجوع بلا مصاريف	

الباب الثاني

السند الإذني (أو السند لأمر) «le billet à ordre»

لن نعالج السند لأمر معالجة مستفيضة كالتي خصصناها للكمبيالة، لأن كل قواعد قانون الصرف المنظمة للكمبيالة تهيمن تقريبا كذلك على السند لأمر (أو السند الإذني) -ما عدا ما تفرضه الفروق الناشئة عن اختلاف طبيعة وأشخاص كل من الصكين أو السندين- وتفاديا لكل تكرار ممل واجترار لما سبق نركز على القواعد الخاصة بالسند لأمر.

وهذا التشابه الكبير بين الصكين أو السندين -الكمبيالة والسند لأمر- والتباين الصغير أو القليل سيجعل دون شك أو ريب الباب الثاني المخصص للسند لأمر أقل حجما من الباب الأول لأن ضرورة البحث، وقانون الصرف، والتقارب بين الصكين، فرضوا ذلك علينا وعلى المشرع نفسه الذي خصص للسند لأمر المواد من 232 إلى 238 ؛ وللكمبيالة المواد من 159 إلى 231.

لم تتعرض المادة الثانية من قانون التجارة المغربي القديم المنسوخ -التي قامت بتعداد الأعمال التجارية- ولا المواد المنظمة للسند الإذني أو الأمر -وهي المواد من 192 إلى 196 من القانون ذاته- لتحديد طبيعة هذا السند، على خلاف ما وقع بالنسبة للكمبيالة. وبمعنى آخر أن المادة الثانية اعتبرت الكمبيالة أو السفتجة عملا تجاريا أيا كان المتعاملون بها، أي عملا تجاريا شكليا، وسكتت عن السند الإذني أو لأمر.

ولقد اعتبرنا في وقته وزمانه هذا السكوت أو الاهمال، الذي قد يكون مقصودا لاختلاف الآراء في الفقه والقضاء، نقصا يعتري التشريع التجاري، خاصة أن قانون جنيف الموحد، لم يخصص للسند الإذني أو لأمر سوى نصوص قليلة جدا، معتمدا الاحالة على القواعد المنظمة للكمبيالة لتنظيم باقي مؤسسات هذا السند.

ولكن هذا السكوت أو الإهمال لم يمنعنا من أن نحدد طبيعة السند الإذني ولو في ظل القانون القديم المنسوخ، على ضوء المبادىء الثابتة في الفقه والقضاء

والقانون المقارن، خاصة أن المادة 21 من ملحق التحفظات الثاني، خوّل لكل دولة موقعة حق تنظيم هذه الورقة، ذات الطابع الداخلي أو الوطني، -أكثر من الكمبيالة ذات البعد الدولي- عن طريق قواعد ذاتية، بدلا من اعتماد الإحالة على القواعد المنظمة للكمبيالة، التي واجهها الفقه الفرنسي بانتقادات شديدة.

إذا رجعنا إلى القانون المصري، الذي أخذ طريقة التعداد بدوره عن القانون الفرنسي، نجد الفقرة السابعة من المادة الثانية منه تنص، بعد عبارة «تعد تجارية»، على ما يلي : «وجميع السندات التي تحت إذن، سواء كان من أمضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر، إنما يشترط في الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية».

ويتبين من هذه الفقرة، أن صفة السند الإذني أو لأمر في القانون المصري تتوقف على صفة المحرر أو المتعهد الذي أنشأه، فإن كان من امضاه أو ختم عليه تاجرا، كان السند الإذني عملا تجاريا سواء تعلق بمعاملة مدنية أو معاملة تجارية. ويعتبر السند الإذني كذلك عملا تجاريا ولو كان من أمضاه أو ختم عليه غير تاجر، إن تعلق هذا الإمضاء أو السند بمعاملة تجارية : ويكون على العكس عملا مدنيا إن أمضاه غير تاجر ما لم يتعلق بمعاملة تجارية. وبعبارة أوجز وأدق، أن السند الإذني يعتبر في القانون المصري عملا تجاريا، إذا أمضاه تاجر، بصرف النظر عن صفة العمل الذي سحب من أجله، أكان عملا تجاريا أم عملا مدنيا. ويعتبر تجاريا كذلك إن تعلق بعمل تجاري، بصرف النظر عن الشخص القائم به، أكان تاجرا أم غير تاجر.

وقضت محكمة الاستئناف المصرية في هذا الشأن، بتاريخ 21 نوفمبر 1939 بما يلي : «إن الفقرة السابعة من المادة الثانية من القانون التجاري، بشأن السندات الإذنية، صريحة في تعميم اعتبار هذه السندات تجارية بلا قيد أو شرط، متى أمضاها تاجر. وتقييد اعتبارها تجارية، بأن يكون تحريرها مترتبا على أعمال تجارية إذا أمضاها غير تاجر. هذا إلى أنه لم يرد بالقانون المصري ما يماثل ما ورد بالفقرة الثانية من المادة 638 من القانون التجاري الفرنسي، خاصا بالسندات الإذنية، التي يمضيها تاجر من أنها تعد مترتبة على عمله التجاري، ما لم يذكر في السند الإذني سببا يخالف هذا الأمر»(1).

1. أمين بدر : المرجع السابق، صفحة 15.

وقضت محكمة النقض المصرية كذلك بتاريخ 1951/5/10، بأن السند الاذني يعتبر تجاريا وفقا للمادة 194 من قانون التجارة، متى كان تحريره عن عمل تجاري. حتى ولو صدر عن غير تاجر(2).

ويقوم إلى جانب هذا الرأي الغالب والمستقر، والذي تؤيده محكمة النقض المصرية، رأي قليل الأهمية في القضاء المصري، يشترط لاعتبار السند الاذني عملا تجاريا، ان يتعلق بمعاملة تجارية، ولو كان من أمضاه أو ختم عليه تاجرا(3).

وإذا عُدّ السند الاذني عملا تجاريا أو عملا مدنيا عند الإنشاء أو الاصدار، استغرقت هذه الصفة جميع العمليات اللاحقة به من تظهير، وضمان وغيرهما(4)، أي إذا نشأ تجاريا كانت هذه العمليات اللاحقة تجارية، وإن نشأ مدنيا كانت هذه العمليات اللاحقة مدنية.

ويلاحظ الفقه المصري ان الفقرة السابعة جاءت غامضة غموضا من شأنه أن يؤدي إلى الخلط والتحكم، ذلك أنها قد ذكرت السند الاذني دون السند لحامله، هذا الموقف الذي جعل الفقه المصري يتساءل حول ما إذا كان المشرع يريد فعلا تمييز السند الإذني عن السند لحامله ؟ أي تقرير تجارية السند الاذني في الحدود السابقة، دون السند لحامله !

ولكن الصواب في رأينا، هو ما استقر عليه الرأي الغالب في مصر من قياس السند للحامل على السند الاذني.

واعتبر القانون العراقي جميع الأوراق التجارية الهامة تجارية بصرف النظر عن القائم بها ونيته، وصفة الأعمال المتعلقة بها، سواء تعلق الأمر بالكمبيالات، أو السند لأمر أو للحامل أو الشيكات، وفق ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 14 من القانون القديم الملغى التي نصت ، بعد عبارة «يعد عملا تجاريا» على مايلي : «... البوليصات والسندات للأمر وللحامل، والشيكات».

ولم يغير القانون العراقي الجديد رقم 30 لسنة 1984 من الأمر شيئا، إلا أنه رجّح الصياغة العامة على التعداد وذلك في المادة 6 التي نصت على أنه : «يكون

2. مجموعة أحكام النقض، السنة الثانية، العدد الثالث، صفحة 820.
3. رضوان : الفقه والقضاء في القانون التجاري، طبعة 1958، صفحة 33 و 34.
4. مصطفى كمال طه : صفحة 217 و صفحة 226.

إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملا تجاريا بصرف النظر عن صفة القائم بها ونيته».

وقد نهج القانون البلجيكي النهج نفسه، إذ اعتبر عملا تجاريا فضلا عن الكمبيالة، الحوالات وغيرها من الأوراق الاذنية أو لحاملها[5] «Mandats, billets ou autres effets à ordre ou au porteur».

ولا يعتبر الفقه والقضاء في فرنسا السند الاذني مبدئيا عملا تجاريا، إلا إذا أُصْدر أوحرر وفاء لدين تجاري، ويقال الشيء نفسه فيما يتعلق بتظهيره، وقبوله وضمانه احتياطيا[6]، إلا أن توقيعه من طرف تاجر، يعتبر قرينة على تجاريته ما لم يقم دليل يخالف -نظرية الأعمال التجارية التبعية-[7] ذلك.

وتؤثر هذه الإزدواجية على الاختصاص بنظر منازعات السند الإذني في فرنسا، فإن سحب للصرف أو السمسرة أو البنك اختصت المحاكم التجارية، أما ان حرر وفاء لأجرة كراء مسكن مثلا اختصت المحاكم المدنية.

ولقد بدأ بعض الفقه الفرنسي ينتقد هذه التفرقة التحكمية، ويدعو صراحة إلى هجرها، خاصة بعدما انهارت الأسباب الداعية إليها سواء ما تعلق منها بالإكراه البدني -عندما ألغي نهائيا نظام الإكراه البدني في المواد التجارية، بمقتضى قانون 22 يوليوز 1867- أو بالطابع الصرفي أو الدولي -عندما أجاز قانون 7 ماي 1894 وفاء الاثرة في مكان إصدارها- ويحبذ اسباغ السبغة التجارية على السند الاذني كالكمبيالة وجعله بدوره ورقة تجارية شكلية بصرف النظر عن القائم بها.

ولم نكن في يوم ما من المؤيدين إلى التمييز بين الكمبيالة والسند لأمر والشيك من حيث الصفة التجارية، وكل تفرقة تقع لا نراها إلا اصطناعية وهمية ضالة ومضللة ما دام لا يوجد سوى قانون واحد يطبق على الكمبيالة كيفما كان شكلها والقائم بها، وقانون واحد يطبق على السند لأمر أيا كان القائم به، وقانون واحد يطبق على الشيك أيا كان القائم به وهو القانون التجاري -الكمبيالة (المواد من 159 إلى 231)؛ والسند لأمر (المواد 232 إلى 238) ؛ والشيك (المواد 239 إلى 328)- وان أية تفرقة لن تعمل سوى على بعثرة الاختصاص القضائي فقط، خاصة أن بلادنا أخذت بالمحاكم

5. هاميل ولاكارد : المرجع السابق، صفحة 225، بند 190 على الهامش.
6. شوفو : المرجع السابق صفحة 196.
7. روبلو : المرجع السابق صفحة 407، بند 476.

التجارية (القانون رقم 53.95، الصادر عن مجلس النواب بتاريخ 6 فبراير 1997، ظهير التنفيذ رقم 1.97.65، بتاريخ 12 فبراير 1997، الجريدة الرسمية عدد 4482، بتاريخ 12 فبراير 1997)، ذلك أن الفقرة 3 من المادة 5 تجعل المحاكم التجارية تختص نوعيا بالدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية ؛ وحددت كل من المادة 10 و 12 الاختصاص المحلي ؛ وأن المادة 22 تجعل رئيس المحكمة التجارية يختص بالنظر في مقالات الأمر بالأداء المبنية على الأوراق التجارية والسندات الرسمية[7(2)].

لكل هذه الأسباب اقترحنا على لجنة التدوين الوطنية في بداية الأمر النص التالي :

«يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين السابعة والثامنة :

1- شراء المنقولات المادية والمعنوية بنية بيعها بذاتها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى ؛

2- الكمبيالة ؛

3- الشيك ؛

4- السند لأمر أو لحامله ؛

5- سند الرهن».

وبعد النقاش الطويل، والتغييرات التي لحقته، استقر مشروع قانون التجارة لسنة 1988 على اعتبار السند لأمر على الأقل عملا تجاريا شكليا مطلقا ومنفردا، أي بصرف النظر عن طبيعة الدين أو العمل الذي أنشىء من أجله، وبصرف النظر عن القائم به أو موقعه، وذلك في المادة 10 التي جاء فيها : «يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين السابعة والثامنة الكمبيالة والسند لأمر».

أما قانون التجارة الجديد فعاوده الحنين مرة ثانية إلى تقليد القانون الفرنسي في هذه المسألة، حيث نصت المادة 9 على مايلي :

«يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و 7 :

– الكمبيالة ؛

7(2). نصفق لهذا التطور المحدث للمحاكم التجارية، بحرارة لكوننا جعلنا منه شعارا لسنين عديدة.

– السند لأمر الموقع ولو من غير تاجر إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية».

ونلاحظ على هذه المادة، وعلى شقها المتعلق بالسند لأمر، الملاحظات التالية :

أ- أنها استبعدت الشيك دون حجة أو منطق أو فائدة، أليس من العبث أن نخضع الشيك لقانون التجارة (المواد 239 إلى 328) ولا نسبغ عليه السبغة التجارية.

ب- أن المشرع لم يجعل من السند لأمر، على خلاف الكمبيالة، عملا تجاريا شكليا، أي عملا تجاريا مطلقا ومنفردا، بصرف النظر عن طبيعة الدين أو العمل الذي أنشىء من أجله وعن موقعه، وإنما حباه بطبيعة مزدوجة تجعل منه تارة عملا تجاريا وتارة أخرى عملا مدنيا، حسب ما إذا كان الموقع تاجراً أم غير تاجر، وحسب طبيعة الدين أو المعاملة أهي معاملة مدنية أم تجارية ؛ الأمر الذي وصفه حتى الفقه الفرنسي بالحل المؤسف الذي يصعب تبريره «une solution regrettable[8] et difficilement justifiable»، وهكذا يكون السند لأمر تارة عملا تجاريا وتارة عملا مدنيا تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 9 من مدونة التجارة الجديدة، التي تعتبر عملا تجاريا : «السند لأمر الموقع ولو من غير تاجر إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية» وكل ذلك على الشكل التالي :

يكون السند لأمر عملا تجاريا :

أ- إذا وقعه تاجر، وبصرف النظر عن طبيعة الدين أكان دينا تجاريا أو مدنيا ؛ أو بصرف النظر عن طبيعة المعاملة أكانت معاملة تجارية أم معاملة مدنية، وإن لم يصرح النص بذلك صراحة، وإنما هو استنتاج منطقي وقانوني مستقى من الحالة التي ذكرتها المدة 9 نفسها، ومن الصياغة ذاتها التي استعملت عبارة «الموقع ولو من غير تاجر إذا ترتب عن معاملة تجارية»، ويعني هذا في نظرنا أن السند لأمر يعد عملا تجاريا إن وقعه تاجر ولو لم يتعلق بمعاملة تجارية.

ب- إذا ترتب عن معاملة تجارية (أو دين تجاري) ولو كان موقعا من غير تاجر (المادة 9 ف3).

8. جانتان «jeantin» : المرجع السابق، صفحة 210، فقرة 388.

ويمكن أن نلخص الحالتين في عبارة وجيزة تقول : «أن السند لأمر يكون تجاريا إذا وقعه تاجر، أو تعلق بمعاملة تجارية».

ويكون السند لأمر عملا مدنيا :

إذا وقعه غير تاجر، وتعلق بمعاملة مدنية -معاملة غير تجارية- أو دين مدني.

ونعتبر هذه التفرقة دون جدوى أو فائدة -إنما هي مجرد لغو أو ثرثرة قانونية- من ناحيتين :

أ- لا توجد في بلادنا -وفي غيرها من الدول- نصوص قانونية تجارية تطبق على السند لأمر التجاري، ونصوص قانونية مدنية تطبق على السند لأمر المدني، بل ليس هناك في بلادنا سوى نصوص موحدة تطبق على سائر السندات لأمر، كيفما كانت طبيعتها، هي المواد 232 إلى 238 من قانون التجارة الجديد.

ب- أن هذه التفرقة غير مبررة حتى من حيث الاختصاص، -الذي هو تبريرها الوحيد في فرنسا، المعيب والمنتقد- وبمعنى آخر، أن هذه التفرقة لا يبررها حتى مبدأ ازدواجية القضاء الذي اعتمده المغرب بمقتضى القانون رقم 53.95 الصادر عن مجلس النواب بتاريخ 6 يناير 1997 -ظهير التنفيذ بتاريخ 12 فبراير 1997، الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997- القائم على التفرقة بين القضاء العادي أو المدني والقضاء التجاري ؛ فالمادة 5 ف3 من هذا القانون القاضي بإحداث المحاكم التجارية، تجعل المحاكم التجارية تختص وحدها نوعيا بالنظر في سائر الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية دون تمييز أو تفرقة بينها ؛ وأن المادتين 10 و 12 حددتا الاختصاص المحلي ؛ والمادة 22 تمنح إلى رئيس المحكمة التجارية وحده الاختصاص بنظر مقالات الأمر بالأداء المبنية على الأوراق التجارية دون تفرقة أو تمييز بينها.

ويقوم السند لأمر بكل الوظائف التي تؤديها الكمبيالة في الحياة التجارية وعالم الأعمال، ولو أنه أقل شيوعا واستخداما منها، فهو كالكمبيالة أداة لحمل النقود، والوفاء، والصرف، والائتمان[9] وتعبئة الائتمان المالي أو البنكي -الاستخدام في ضمان القروض البنكية خاصة القصيرة والمتوسطة الأجل والقيمة- بل أن جوفري يعتبر سند الرهن «le Warrant» الذي تصدره المخازن العمومية (المواد 341 إلى

9. راجع صفحة 24 إلى 28 من هذا الكتاب.

354 من قانون التجارة الجديد) ما هو إلا نوع من السند لأمر[10] : خاصة أن المادة 353 تنص أنه : «يمكن للمؤسسات العامة للإئتمان أن تقبل بطاقات الرهن[11] كأوراق تجارية مع إعفاء من أحد التوقيعات المتطلبة بمقتضى أنظمتها الأساسية».

وأثر نظام الحاسوب «l'ordinateur» على تقنية السند لأمر تأثيره على الكمبيالة كذلك، حيث أصبح يقوم إلى جانب الكمبيالة أو السفتجة المُحْسُوْسَبَة «lettre de change - relevé» السند لأمر المُحْسَوْسَبِ «billet à ordre-relevé».

ولقد بدأ السند لأمر يعرف انتعاشا واستخداما أكثر في فرنسا في الوقت الحاضر – وإن لم يبلغ شأو الكمبيالة – خاصة بعد ظهور التقنية المحسوسبة[12]، وأهمية هذه الورقة في تعبئة أو تغطية الائتمان المالي أو البنكي[13].

وتقتضي طبيعة دراسة هذا الباب الثاني تقسيمه إلى فصلين اثنين هما :

الفصل الأول : في تعريف السند لأمر ومقارنته بالكمبيالة ؛

الفصل الثاني : في الشروط الموضوعية والشكلية اللازم توفرها لصحة السند لأمر ؛

أما دراسة باقي المؤسسات الأخرى فيرجع فيها إلى الكمبيالة للتطابق والتماثل بين المؤسستين .

10. المرجع السابق صفحة 536 فقرة 819.
11. الأفضل أن تسمى سندات الرهن بدلا من بطاقات الرهن «le Warrant».
12. التي ختمنا بها دراسة الجزء الثاني من هذا الكتاب.
13. جانتان : المرجع السابق صفحة 208، فقرة 385.

الفصل الأول

تعريف السند لأمر أو الاذني ومقارنته مع الكمبيالة

لم يعرف التشريع المغربي السند الاذني أو السند لأمر، إلا أن الفقه والقضاء والقانون المقارن، مستقر على تعريف هذه الورقة أو السند.

ونعرف السند الاذني أو لأمر بأنه : صك يحرر وفقا لبيانات إلزامية حددها القانون، يتضمن تعهد شخص يدعى المتعهد أو المحرر «le souscripteur» بأن يدفع شخصيا وبنفسه «à payer lui même» مبلغا معينا من النقود غير معلق على شرط -الوعد الناجز- في أجل معين أو قابل للتعيين، أو بمجرد الاطلاع لشخص آخر أو لإذنه هو الحامل أو المستفيد «le bénéficiaire».

وقد أخذ القانون الأردني تقريبا بهذا التعريف في الفقرة ب و د من المادة 123 التي جاء فيها -مع ملاحظة أن القانون الأردني، أطلق تسمية كمبيالة على السند الاذني، خلافا للغالبية الساحقة من التشريعات، وخص الكمبيالة بتسمية سند السحب أو البوليصة أو السفتجة- : «ب- سند الأمر، ويسمى أيضا السند الاذني، ومعروف باسم الكمبيالة، وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين بمجرد الاطلاع، أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، لأمر شخص آخر هو المستفيد أو حامل السند»[1].

أما الفقرة «د» فقد ورد فيها ما يلي : «السند لحامله أو القابل للانتقال بالتظهير، وقد تناول ذلك الباب الرابع والباب الخامس من هذا الكتاب».

أما اتفاقية الأمم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) الدولية، والسندات الاذنية الدولية فقد عرفت في الفقرة 2 من المادة 2 السند الاذني الدولي بقولها :

1. أما تعريف الكمبيالة فقد جاء في الفقرة أ «سند السحب، ويسمى أيضا البوليصة أو السفتجة، وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، يتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو حامل السند مبلغا معينا بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين».

«... 2- السند الاذني الدولي هو السند الذي يعين فيه مكانان على الأقل من الأماكن التالية، مع بيان أن أي مكانين من الأماكن المعينة على هذا النحو يقعان في دولتين مختلفتين :

(أ)- مكان تحرير السند ؛

(ب) المكان المبين بجانب توقيع المحرر ؛

(ج) المكان المبين بجانب اسم المستفيد ؛

(د) مكان الدفع ؛

شريطة أن يعين مكان الدفع في السند، وأن يقع هذا المكان في دولة متعاقدة».

تم عادت هذه الاتفاقية لتعرف السند الاذني التعريف القانوني له لا الدولي، وذلك في الفقرة الثانية من المادة الثالثة بأنه :

«... 2- السند الاذني هو الصك المحرر الذي :

(أ) يشتمل على تعهد غير معلق على شرط، صادر من المحرر، بدفع مبلغ معين للمستفيد أو لأمره ؛

(ب) يكون مستحق الدفع عند الطلب أو في ميعاد معين ؛

(ج) يكون مؤرخا ؛

(د) يكون موقعا من المحرر».

ويعد السند الاذني أو لأمر أقل شيوعا وانتشارا في العمل من الكمبيالة كما أكدنا سابقا، على الرغم من أن المصارف أو البنوك استعملته قبل استعمالها، ويؤدي الوظائف التي تؤديها، فهو كالكمبيالة أداة للوفاء والائتمان، ولا يمكن أن تفضل عليه مبدئيا إلا لدورها الفعال والواضح في عمليات الصرف. ويمكن القول بأن التجار في المغرب وفرنسا لا يقبلون على التعامل بالسندات الاذنية، لأنها تارة تكون عملا مدنيا وتارة عملا تجاريا -دون فائدة أو جدوى تذكر- وإن تغير هذا الوضع نسبيا بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 9 من قانون التجارة الجديد التي سبق شرحها، وأن اعتبار السند الإذني مدنيا، قد لا يرضي فئة التجار المتعودة على صرامة قانون الصرف، وعلى الانضباط : وأداء الديون في أجل الاستحقاق دون نظرة إلى ميسرة، في حين

يرضي ذلك غير التجار، وخاصة فئة المستهلكين والفلاحين الذين يستعملون القرض والتسليف العقاري «le crédit hypothécaire»، وكذا الذين لا يرغبون في مزاولة الأعمال التجارية.

ولا يُعنى بالتشابه القائم بين وظيفة السند الاذني ووظيفة الكمبيالة التشابه أو التماثل المطلق في الخصائص، بل الصحيح والأكيد أن السند الاذني يقترب من الكمبيالة ويخضع لكثير من قواعدها وتنظيماتها سواء ما تعلق منها بالآثار والمقاضاة والتقادم أو غيرها تارة، ويبتعد عن الكمبيالة ويختلف عنها اختلافا جوهريا تارة أخرى؛ الأمر الذي يفرض علينا دراسة أوجه الشبه والفروق بينهما.

أولا : الفروق أو أوجه الخلاف بين السند لأمر والكمبيالة :

نجمل أهم الفروق بين السند لأمر أو الاذني والكمبيالة فيما يلي :

1- يتكون السند الاذني عند إنشائه أو تحريره من شخصين : المتعهد والمستفيد (أو الحامل) في حين أن الكمبيالة تتضمن مبدئيا ثلاثة أشخاص هم : الساحب، والمسحوب عليه والمستفيد.

وإذا كان المتعهد في السند لأمر أو الاذني يجمع دائما بين صفتي الساحب والمسحوب عليه القابل -لأن الفقرة السابعة من المادة 232 من قانون التجارة الجديد تشترط اسم وتوقيع من صدر عنه السند (المتعهد)- فإن من الإمكان أن يقع ذلك حتى بالنسبة للكمبيالة، إذ يسوغ أن يكون الساحب في هذه الورقة الأخيرة هو المسحوب عليه في ذات الوقت، مما يجعل الورقتين تقتربان أو تتشابهان في هاته الحالة، وفقا لما نصت عليه المادة 161 من قانون التجارة الجديد، التي جاء فيها : «يجوز أن تسحب على الساحب نفسه».

2- لا يعتبر السند الاذني في بعض التشريعات والفقه والقضاء -وعلى الخصوص في فرنسا والمغرب ومصر- عملا تجاريا شكليا على خلاف الأمر في الكمبيالة، التي تعتبر عملا تجاريا شكليا وأيا كان المتعاملون بها ؛ وهو موقف لا نسانده.

3- لا وجود في الرأي الغالب لمؤسستي مقابل الوفاء «la provision» والقبول «l'acceptation» في السند لأمر أو الاذني، خلافا لما عليه الحال في الكمبيالة، لأن المتعهد الساحب هو في ذات الوقت المسحوب عليه، ووفقا لما نصت عليه الفقرة الأولى

نصت عليها المادة 232، يترتب على تخلفها -في الحدود التي سوف نراها- بطلان السند الاذني، وأخرى اختيارية.

3- ترجع قواعد السند الإذني كقواعد الكمبيالة إلى اتفاقية القانون الموحد «loi uniforme»، المعروفة باتفاقية جنيف لسنة 1930.

4- لا يعتبر الوفاء بالسند الاذني كالوفاء بالكمبيالة تجديدا «Novation»، بمعنى تبقى إلى جانب الالتزام بالسند الاذني أو الكمبيالة الالتزامات التعاقدية السابقة التي لا تنقضي إلا بالوفاء، وكل ذلك تطبيقا للمادة 347 من ق.ل.ع.م. التي جاء فيها:

«التجديد انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله.

والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجرائه»[5][(2)].

5- يخضع السند الاذني للقواعد والمبادىء المنظمة للكمبيالة، ولا يستثنى من هذه القواعد وتلك المبادىء إلا ما يتعارض مع طبيعته كمقابل الوفاء والقبول مثلا.

وتسري، هكذا، على السند الاذني أو لأمر طبقا للمادة 234 و 235 و 236 و238 من قانون التجارة الجديد : قواعد التظهير (المواد 167 إلى 173)، وأجل أو تاريخ الاستحقاق (المواد 181 إلى 183)، والوفاء (المواد 184 إلى 195)، والمطالبة بسبب عدم الوفاء (المواد من 196 إلى 204 ومن 206 إلى 208)، والاحتجاج أو البروتستو (المواد من 209 إلى 212) ؛ وكمبيالة الرجوع (المادتان 213 و 214) ؛ والوفاء بالتدخل (المادة 215 والمواد من 217 إلى 221) ؛ والنسخ (المادتان 225 و 226) ؛ وإدخال التغييرات (المادة 227) والتقادم (المادة 228) ؛ وأيام العطل، وأيام العمل؛ وما ماثلها، وحساب الآجال ومنح الإمهال (المواد 229 إلى 231) ؛ والكمبيالة القابلة للوفاء لدى الغير أو في موطن غير موطن المسحوب عليه (المادتان 161 و 177)، واشتراط الفائدة (المادة 162) ؛ والاختلاف في تعيين المبلغ الواجب وفاؤه (المادة 163) والآثار المترتبة على وجود توقيع ضمن الشروط المعينة في المادة 164، والآثار المترتبة على توقيع شخص يتصرف بدون نيابة، أو متجاوزا حدود نيابته (المادة 164)، ومقتضيات الضمان الاحتياطي (المادة 180) ما عدا ما تنص عليه الفقرة

5[(2)]. راجع تفصيل ذلك، خاصة الدعوى الأصلية، صفحة 321 إلى 329 من هذا الكتاب.

السادسة، بحيث إذا لم يعين في الضمان الاحتياطي الشخص الذي أعطي الضمان لفائدته، اعتبر معطى لفائدة المتعهد بالسند للأمر، (المادة 236)، وكذلك المادة 174 المتعلقة بالاستحقاق بعد مدة من الاطلاع (المادة 238) بحيث يجب أن تقدم السندات لأمر إلى المتعهد داخل الآجال المعينة في المادة 174 ليؤشر عليها (المادة 238 ف1)، وكذلك المادة 176، بحيث تبدأ المدة التالية للاطلاع من تاريخ التأشير الذي يوقعه المتعهد على السند، ويثبت امتناع المتعهد من التأشير على السند بواسطة احتجاج يكون تاريخه منطلق مدة الاطلاع (المادة 238 ف2).

ويعتبر التعداد الوارد في هذه النصوص حصريا لا يقبل الزيادة ولا النقصان.

شكل السند الادني

رقم (1)

3000.00 درهم

الرباط في 20 غشت 1984

اتعهد بأن ادفع لإذن السيد عمرو الطنجاوي

(المستفيد) مبلغ ثلاثة آلاف درهم في 10 يناير 1985

اسم وتوقيع المتعهد (Souscripteur)

الطابع (أو التنبر)

شكل السند الادني

رقم (2)

3000.00 درهم

الرباط في 20 غشت 1984

السند الادني

اتعهد بأن ادفع لإذن السيد زيد الأندلسي

مبلغ ثلاثة آلاف درهم في 10 يناير 1985

اسم وتوقيع المتعهد

الطابع (أو التنبر)

شكل السند الادني

رقم (3)

3000.00 درهم

الرباط في 20 غشت 1984

اتعهد بأن ادفع مقابل هذا السند الاذني

المبلغ

ثلاثة آلاف درهم

المستفيد

لإذن .... أحمد الشاوي

تاريخ الاستحقاق

في 10 يناير 1985

اسم وتوقيع المتعهد

الماوردي

الطابع (أو التنبر)

الفصل الثاني
الشروط الموضوعية والشكلية اللازم توفرها لصحة السند لأمر أو الادني

يشترط لصحة السند لأمر -كما هو الشأن في الكمبيالة- توفر عدد من الشروط الموضوعية والشكلية التي يمكن إيجازها على الشكل التالي :

أولا : الشروط الموضوعية

لا توجد مبدئيا شروط موضوعية يتميز بها السند الادني عن الكمبيالة، وبمعنى آخر، ينبغي لقيام السند لأمر أو الاذني صحيحا أن تتوفر فيه جميع الشروط الموضوعية المتطلب توفرها في الكمبيالة، سواء تعلق الأمر بالأهلية التجارية، وعيوب الرضى، والمحل والسبب ومشروعيتهما.

ويسري مفعول مقتضيات المادة 164 من القانون التجاري الجديد، المتعلقة بتوقيع قاصر غير تاجر على السند لأمر، وفاقد الأهلية، والتوقيع المزور، والتوقيع الوهمي، والتوقيع بالنيابة على السند لأمر أو الاذني (المادة 235 من مدونة التجارة الجديدة).

وتجدر الملاحظة إلى أنه يُكتفى في الدول «كالمغرب وفرنسا» التي لا يعتبر قضاؤها أو تشريعها السند الاذني تجاريا إلا إذا كان وفاء لدين تجاري أو معاملة تجارية -أي يجعل من السند الاذني عملا تجاريا تبعيا- بالأهلية المدنية العادية كما نظمت في مدونة الأحوال الشخصية[1]، كلما تعلق الأمر بالسند الاذني المدني (المواد 12 إلى 17 من قانون التجارة الجديد).

وقد خلقت المادة 9 من مدونة التجارة الجديدة، المحددة لطبيعة السند لأمر التجارية كثيرا من الصعوبات عندما نصت في الفقرة الثالثة والأخيرة بعد عبارة «يعد عملا تجاريا بصرف النظر عن المادتين 6 و 7 مايلي «السند لأمر الموقع ولو من غير تاجر، إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية».

1. راجع صفحة 45 إلى 55 من هذا الكتاب.

وينبغي تبعا لذلك التمييز بين الحالات التالية :

أ- إذا وقع السند لأمر قاصر تاجر كان السند لأمر سندا صحيحا يجري تجاهه ويلزمه ؛

ب- إذا وقع السند لأمر قاصر غير تاجر بمناسبة معاملة تجارية كان باطلا تجاهه، لأن السند الاذني كالكمبيالة هناعمل تجاري (المادتان 9 ف3 و 164 ف1) في هذه الحالة ؛

ج- إذا وقع السند لأمر قاصر غير تاجر، بمناسبة معاملة مدنية (لم يترتب على معاملة تجارية) طبقت على الموقع قواعد الأهلية في مدونة الأحوال الشخصية، أي يكفي هنا أن يكون القاصر مأذونا طبقا للمادة 140 و 142 من مدونة الأحوال الشخصية[2] لأن السند لأمر يكون في هذه الحالة عملا مدنيا وليس بعمل تجاري.

والخلاصة أن السند لأمر يخضع للأهلية التجارية ان كان عملا تجاريا، وللأهلية المدنية ان كان عملا مدنيا، ويكون عملا تجاريا في حالتين فقط ؛ إذا وقعه تاجر بلغ سن الرشد، أو قاصر تاجر ؛ أو تعلق بمعاملة تجارية بصرف النظر عن صفة القائم به أو الموقع أكان تاجرا أم غير تاجر، ويكون عملا مدنيا إذا وقعه غير تاجر ولم يتعلق بمعاملة تجارية، أي وقعه شخص من أشخاص القانون المدني بمناسبة معاملة مدنية، تخريجات متعددة ومعقدة لا جدوى أو فائدة منها، فضلا عن المشاكل التي ترتبها.

أما إذا وقع السند لأمر عديم الأهلية أو شخص أو أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام به فيكون باطلا بالنسبة إليهم، مع مراعاة مبدأ استقلال التوقيعات والتجريد اللذين يحكمان الأوراق التجارية. وكل ذلك طبقا للمادة 164 التي جاء فيها :

2. وقد جاء في المادة 140 ما يلي :
«1- ليس للصغير المميز أن يتسلم أمواله قبل رشده ؛
2- للولي أو من يقوم مقامه بعد إذن القاضي أن يأذن له إذا رأى عليه مخايل الرشد وأتم الخامسة عشرة من العمر بتسليم قدر من أمواله لإدارتها بقصد التجربة ؛
3- للقاضي عند امتناع الولي عن الإذن أن يأذن له إذا رأى في تصرفه نفعا، فإذا ظهر سوء تصرفه ألغى القاضي ذلك الاذن».
وقد جاء في المادة 142 ما يلي :
«يعتبر المأذون في حالة الاختبار كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه».

«إن الكمبيالة[3] الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة تجاهه، ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقا للقانون العادي ؛

إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها، أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تظل مع ذلك صحيحة ...».

ثانيا : الشروط الشكلية

يقصد بالشروط الشكلية الكتابة والبيانات الالزامية :

1- الكتابة

يجب أن يحرر السند الاذني أو لأمر كما تحرر الكمبيالة كتابة.
والكتابة قد تكون عرفية أو رسمية تنجز بمعية موثق على الخصوص.

وتعتبر الكتابة شرط صحة وانعقاد يترتب على تخلفها بطلان السند لأمر أو الاذني كما تبطل الكمبيالة[4].

ويغلب على تحرير السند لأمر أو الاذني، كما هو الشأن في الكمبيالة، طابع الورقة العرفية، لأن في الورقة الرسمية مصاريف جديدة، وتأخيرا وضياعا للوقت، وهدرا للثقة عماد الائتمان والتجارة، ولكن لا يوجد ما يمنع من تحرير السند لأمر أو الاذني كما هو الشأن في الكمبيالة على ورقة رسمية، يعدها موثق إن تطلبت الظروف ذلك، كأن يكون المتعهد مثلا جاهلا للقراءة والكتابة، أو غير قادر على التوقيع للجهل بالتوقيع أو لعاهة تعوقه عن ذلك، أو دعت الضرورة إلى ذلك كما هو الحال في الرهون الرسمية.

2- البيانات الالزامية :

اشترط التشريع بيانات إلزامية لا غنى عنها تحت طائلة البطلان، نصت عليها المادة 232 من قانون التجارة الجديد، وهذه البيانات هي التالية :

3. يمكن أن يقال أيضا : «إن السند لأمر الموقع من طرف قاصر غير تاجر ...» طبقا للمادة 235 من قانون التجارة الجديد، التي تأمر بترتيب الآثار المنصوص عليها في المادة 164 أعلاه.
4. راجع صفحة 61 ومايليها من هذا الكتاب.

1- اشتراط الوفاء للاذن أو للأمر، أو تسمية السند بأنه لأمر أو إذني، مدرجا في السند أو الصك ذاته، وأن يكون باللغة نفسها التي استعملت لتحرير هذا الصك (الفقرة الأولى من المادة 232).

ويتبين من هذه الفقرة، أن اشتراط الاذن أو الأمر يغني عن تسمية السند أنه للاذن، والعكس صحيح كذلك، أي أن تسمية السند بأنه للاذن أو للأمر يغني عن شرط الاذن أو الأمر، فإن تخلفت التسمية ووجد الشرط كان السند صحيحا، وإن تخلف الشرط ووجدت التسمية كان السند صحيحا كذلك، خلافا للكمبيالة، التي تبطل في كل الأحوال، إن لم تحمل تسمية كمبيالة على ذات الصك، ولو وجد شرط الاذن أو الأمر (المادة 159 فـ1 و 160).

ويختلف موقف التشريعات المقارنة باختلاف مشارب الدول، فالقانون السويسري تمسك في المادة 1096 بحرفية النص الوارد في اتفاقية القانون الموحد جاعلا من تسمية السند الاذني بيانا الزاميا، يترتب عن تخلفه بطلان السند، أما القانون المغربي فشأنه شأن القانون الفرنسي، استفاد من التحفظ الوارد في الملحق، والذي يراعي العادات والتقاليد المحلية، التي كانت تكتفي بشرط الاذن (المادة 19 من الملحق الثاني).

وتنبغي الإشارة هنا إلى ملاحظتين هامتين هما :

أ- إن الدافع الحافز إلى هاته التفرقة بين السند الاذني والكمبيالة تكمن في أن للسند الأول طابعا داخليا اقتضى وجود مثل هذا التحفظ، وان للسند الثاني طابعا دوليا مما يقتضي معه التوحيد الصارم.

ب- لا يجوز أن يدرج في السند الاذني أو لأمر شرط «ليس للأمر أو للإذن» لما في ذلك من منافاة لروح الفقرة الأولى من المادة 232 من قانون التجارة الجديد، في حين يجوز ذلك في الكمبيالة تطبيقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة 167 اللتين جاء فيهما :

«تنتقل الكمبيالة بطريق التظهير ولو لم تكن مسحوبة للأمر صراحة :

تنتقل الكمبيالة عن طريق الحوالة العادية وتخضع لآثارها متى أدرج الساحب فيها عبارة «ليست للأمر» أو أية عبارة أخرى موازية لها ...

ولا يمكن لأحد أن يدفع بأن هاتين الفقرتين تطبقان أيضا على السند الاذني، وفقا لما نصت عليه المادة 234، التي ذكرت صراحة أن : «المواد من 167 إلى 173 الخاصة بالتظهير» تطبق على السند لأمر لأن الفقرة الأولى من هذه المادة ذاتها نصت صراحة أيضا على أنه : «تطبق على السند لأمر، كلما كانت لا تتنافى وطبيعة هذا السند الأحكام المتعلقة بالكمبيالة بصدد المسائل الآتية ...».

2- أن يتضمن السند لأمر أو الاذني الوعد الناجز بأداء مبلغ معين من النقود (الفقرة الثانية من المادة 232)، وبعبارة أخرى، ألا يكون التعهد معلقا على شرط واقف أو فاسخ، فإن تضمن السند شرطا واقفا أو فاسخا، أو كان المبلغ مرتبطا بحدوث وقائع خارجية، أو كان محل الالتزام الأمر بدفع بضاعة، كان السند باطلا كورقة خاضعة لقانون الصرف.

ويختلف السند لأمر أو الاذني هنا كذلك عن الكمبيالة، في أن هذه الأخيرة تتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب، موجها إلى المسحوب عليه، ليفي بالنيابة أو الوكالة -عن الساحب-، في حين أن السند لأمر أو الاذني يتضمن تعهد المحرر بالوفاء شخصيا بمبلغ السند في تاريخ الاستحقاق.

3- تاريخ الاستحقاق : يُحدَّد تاريخ الاستحقاق وفق النمط المنصوص عليه في المواد من 181 إلى 183، أي طريقة تعيين تاريخ استحقاق الكمبيالة (المادة 234)، وبمعنى آخر، لا يمكن أن يخرج تعيين تاريخ الاستحقاق عن الحالات الأربع الحصرية التالية :

أ- بمجرد الاطلاع.

ب- بعد مدة من الاطلاع.

ج- بعد مدة من تاريخ التحرير (تحرير الكمبيالة).

د- في تاريخ معين.

ويعد السند لأمر أو الاذني، الذي يُعَيَّن أجل استحقاقه بطرق أخرى، أو يشتمل على آجال متعاقبة باطلا، إلا أن السند الذي لم يعين أجل استحقاقه يعد مستحقا عند الاطلاع (الفقرة الثانية من المادة 233 من قانون التجارة الجديد).

ويجب أن يقدم السند لأمر أو الاذني المستحق الأداء لدى الاطلاع، داخل سنة من تاريخ تحريره للوفاء (المادة 182 من قانون التجارة الجديد).

4- تعيين المكان الذي يجب أن يقع فيه الوفاء (الفقرة الرابعة من المادة 232 تجاري)، فإن لم يعين، يعتبر مكان إنشاء السند مكانا للوفاء، وفي الوقت نفسه مكانا لموطن المتعهد ما لم يرد بيان خاص بخلاف ذلك (الفقرة الثالثة من المادة 233 تجاري). وإذا لم يعين مكان إنشاء السند، يعد المكان المذكور بجانب اسم المتعهد هو مكان الوفاء، وإذا لم يعين مكان بجانب اسم المتعهد، يعتبر مكان عمل المتعهد أو مكان إقامته مكانا للوفاء (المادة 233 ف4).

5- اسم الشخص الذي يجب أن يقع الوفاء له أو لأمره (المستفيد) (وفق الفقرة الخامسة من المادة 232). ولا يمكن بمقتضى هذا الشرط أن يسحب السند لأمر أو الاذني للحامل، فإن وقع ذلك كان سندا إذنيا باطلا، إلا أنه يتحول إلى سند عاد للحامل.

ويعتبر السند على بياض «Le billet en blanc»، الذي لا يحمل اسم المستفيد، كالسند للحامل «Billet au porteur» في القواعد التي تحكمه وفي أخطاره، هذه الأخطار وآثارها على المعاملات، هي التي جعلت قانون جنيف الموحد لا يأخذ به نهائيا، وهو نفس الموقف الذي يأخذ به التشريع المغربي في الفقرة السابقة التي تجعل من بيان اسم المستفيد بيانا إلزاميا يترتب على تخلفه بطلان السند لأمر أو الاذني، وتحوله إلى مجرد سند عاد للحامل ؛ وتطبق من جهة أخرى قواعد مبادئ الكمبيالة الناقصة على السند لأمر الناقص كذلك(5).

وإذا كانت التشريعات لم تتعرض للسند للحامل، فإن القضاء والفقه في بعض الدول بدأ يعمد إلى قياسه على السند للاذن، ويلزم في منظوره أن يتضمن البيانات الالزامية نفسها الواجب توفرها في السند لأمر أو الاذني، -ما عدا اسم المستفيد- مقترنا بشرط الاذن(6).

وينتقل هذا السند، سواء كان على بياض أو للحامل عن طريق المناولة اليدوية.

ولا يمكن أن يخضع السند للحامل والسند على بياض للقواعد والمبادىء المنظمة للأوراق التجارية في بلادنا، سواء ما تعلق منها بالكمبيالة أو السند لأمر أو الاذني لعدم وجود أي نص يقرر صحتهما أو يجعلهما من الأوراق التجارية، وإنما

5. راجع صفحة 90 إلى 93 من هذا الكتاب.
6. مصطفى كمال طه : المرجع السابق صفحة 226 و 227 وروني روبلو المرجع السابق صفحة 437 إلى 449.

يخضعان إما لقواعد القانون التجاري الأخرى -غير قواعد الصرف- إن كانا عملين تجاريين، ويكونان كذلك إن سحبا وفاء لدين تجاري أو معاملة تجارية -نظرية التبعية- أو لقواعد القانون المدني، إن كانا عملين مدنيين، ويكونان كذلك إذا سحبا وفاء لدين مدني أو معاملة مدنية.

ويلاحظ أن القانون الأردني من بين القوانين العربية التي أخذت صراحة بالسند للحامل إلى جانب السند الإذني (الفقرة ب من المادة 123 من مجموعة قانون التجارة).

ولقد تساءل الفقه حول جواز أو عدم جواز اجتماع صفتي المتعهد والمستفيد في شخص واحد، بمعنى أن يكون المتعهد هو ذات المستفيد، أو المستفيد هو ذات المتعهد كما هو الشأن في الكمبيالة حيث يجوز أن يكون الشخص ساحبا ومستفيدا (المادة 161(7) ف1).

إن روني روبلو يجيب مع كثير من الفقهاء بالنفي لسببين، الأول قانوني يكمن في أن المواد من 185 إلى 187 فرنسي لا تدخل ضمن قواعد الكمبيالة المطبقة على السند الاذني المنصوص عليها في المادة 111 التي تنص فقرتها الأولى على جواز تحرير الكمبيالة لأمر الساحب نفسه.

وتقابل هذه النصوص المادتان المغربيتان 234 و 235 وتقابل الفقرة الأولى من المادة 111 فرنسي الفقرة الأولى من المادة 161 تجاري مغربي.

ويعتبر السبب الثاني عمليا، يكمن في أن الساحب يسحب كمبيالة لفائدته، ثم يقدمها إلى المسحوب عليه، فتقبل بسرعة من طرفه، الأمر الذي يدعم الائتمان، ويحقق تداول الكمبيالة بسهولة وسرعة لزيادة الضمان. الأمر الذي لا يمكن تصوره أو تحققه بالنسبة للسند لأمر، الذي يتكون من شخصين فحسب هما المتعهد والمستفيد، الذين يصبحان في هذه الحالة شخصا واحدا لا ينفع توقيعه للسند لأمر أو الاذني مرة ثانية عن طريق التظهير الضمان، ولا يضيف شيئا جديدا(8).

ونعتقد أنه لا يوجد ما يمنع نظريا وقانونيا من أن يحرر السند الاذني لفائدة المتعهد ذاته، ولكن هذا النوع من السحب لا فائدة ولا جدوى يحققها من الناحية العملية لذلك لا يمكن أن يقع عمليا.

7. التي نصت على أنه : «يجوز أن تكون الكمبيالة لأمر الساحب نفسه».
8. روني المرجع السابق صفحة 415، بند 484.

6- تعيين تاريخ توقيع السند ومكانه، حيث لا تختلف الأحكام التي تضبطهما عن الأحكام المنظمة لهما في الكمبيالة (الفقرة السادسة من المادة 232 من قانون التجارة الجديد).

وإذا لم يُعَيَّنْ في السند لأمر مكان إنشائه اعتبر منشأ في المكان المعين بجانب اسم المتعهد (المادة 233 ف5)، وإذا لم يُعَيَّنْ مكان بجانب اسم المتعهد، اعتبر منشأ في موطن المتعهد (المادة 233 ف6).

أما إذا لم يعين في السند لأمر تاريخ إنشائه اعتبر منشأ في اليوم الذي سلِّم فيه للمستفيد (المادة 233 ف7).

ويلاحظ أن صياغة الفقرة السادسة من المادة 233 باللغة العربية جاءت معيبة على خلاف الصياغة الفرنسية، حيث ذكرت مكان «إنشاء السند» والصحيح هو ذكر «مكان» دون نعت أو تخصيص.

7- اسم وتوقيع أو إمضاء المتعهد، أي الذي صدر عنه السند، فلا التزام جدي وحقيقي دون توقيع (الفقرة السابعة من المادة 232 من قانون التجارة الجديد)، ويلاحظ التطور الذي حصل هنا، ذلك أن التشريع الجديد على خلاف القانون القديم (المادة 192) المنسوخ، أصبح يلزم الساحب بأن يذكر على السند لأمر كالكمبيالة اسمه إلى جانب توقيعه.

ونعتبر هذا التجديد -الذي كنا ننادي به دائما- حسنة من ناحيتين : يفيد الائتمان والتداول من الناحية الأولى، حيث يُصبح المظهرون والضامنون الاحتياطيون وسائر الملتزمين في السند لأمر، يعرفون إلى جانب توقيع المتعهد اسمه كذلك -كما يعرف نظراؤهم ذلك في الكمبيالة التي حظيت هي الأخرى بهذا التغيير- ومن ناحية ثانية خلق التطابق اللازم والضروري مع الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة من المادة 233 اللواتي يذكرن صراحة «اسم المتعهد» خلافا للفقرة الرابعة من المادة 193 من القانون القديم الملغى أو المنسوخ ،التي كانت تذكر اسم المتعهد الذي لم يفرض القانون بيانه، حيث يبقى الأمر معلقا على وجوده الاختياري، أي إن وُجد طواعية من طرف المتعهد، أو تم الاتفاق بينه وبين المستفيد على ذلك.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه سبق أن بينا، بمناسبة الكلام عن الشروط الشكلية للكمبيالة، أن القضاء المغربي[9] يتمسك بحرفية المادة 426 من ق.ل.ع.م. التي تلزم أو توجب أن يكون التوقيع بيد أو خط الملتزم نفسه، وأن يرد في أسفل الورقة، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه.

9. راجع صفحة 77 إلى 84 من هذا الكتاب.

ولقد تبنى هذا الموقف المجلس الأعلى في قرار حديث -وإن كان ينقصه السبك والتعليل واعتماد النصوص- نسبيا، بتاريخ 11 يونيو 1980، والذي جاء ضمن مبادئه، بأن التوقيع بالبصمة لا يشكل إمضاء يلزم صاحبه، فتكون المحكمة على صواب لما استبعدت العقد الذي يحمله ؛ وأن إنكار البصمة من طرف المحامي ليس إنكارا لتوقيع منوبه، حتى يستلزم وجود توكيل خاص بذلك[10].

ويترتب على اختلال بيان من هذه البيانات بطلان الصك كسند لأمر أو إذني، ويتحول هذا السند الاذني الباطل إما إلى سند للحامل أو سند على بياض إن كان لا ينقصه سوى اسم المستفيد، وإما إلى تعهد تجاري أو مدني عاد حسب ما إذا كان السند وفاء لدين تجاري أو دين مدني -أي لا يكون في اعتبار القضاء إلا عملا تجاريا تبعيا- لا يخضع لقانون الصرف، وإنما يخضع أما للقانون التجاري في الحالة الأولى ولقانون الالتزامات والعقود في الحالة الثانية.

ولم يذيل المشرع المادة 233 التي تقضي ببطلان السند لأمر أو عدم صحته لتخلف بيان من البيانات الإلزامية المشار إليها في المادة 232، بصيغة تعتمد النظريات الفقهية والقضائية القائلة بنظرية التحول، أي تحول السند لأمر إلى مجرد سند عاد تجاري أو مدني حسب نوع المعاملة، أي حسب ما إذا كانت مدنية أو تجارية، خلافا لما أقدم عليه عند تنظيم الكمبيالة، الأمر الذي يجعلنا نقول بتطبيق أو جريان ذلك على السند لأمر أيضا، قياسا وللتماثل والتشابه، ونقصد بذلك الفقرة الأخيرة من المادة 160 من قانون التجارة الجديد -مع إحلال السند لأمر محل الكمبيالة- التي جاء فيها: «تعتبر الكمبيالة التي ينقصها أحد البيانات الإلزامية غير صحيحة، ولكنها قد تعتبر سندا عاديا لإثبات الدين، إذا توفرت شروط هذا السند».

ولقد عمد القانون الجديد كذلك إلى التقليل -كما فعل بالنسبة للكمبيالة- من حالات البطلان لتخلف بيان من البيانات الإلزامية، وبمعنى آخر، التقليل ما أمكن من حدة الشكلية أو الشكل حماية للائتمان، وتقوية لقانون الصرف وصرامته التي تلجأ إليها الأطراف المتعاملة بالأوراق التجارية ؛ فالأصل أن مكان إنشاء السند هو مكان

10. القرار رقم 534، قضاء المجلس الأعلى العدد 30، السنة السابعة محرم 1403 هـ، أكتوبر 1982م صفحة 15.

الوفاء، وفي الوقت ذاته مكان لموطن المتعهد -ما لم يرد بيان خاص بخلاف ذلك- ولكن ما العمل إن لم يُذكر مكان بجانب اسم المتعهد -موطن المتعهد- فلا شك أن هذا السند سيبطل لتخلف مكان الوفاء إن لم يعين مكان الإنشاء ؛ ولكن التشريع الجديد تَلافَى البطلان بأن نص على أنه إذا لم يعين مكان بجانب اسم المتعهد، يعتبر مكان عمل المتعهد أو مكان إقامته مكانا للوفاء (الفقرة 4 من المادة 233) ؛ ومن جهة أخرى، أوجب المشرع أن يذكر في الكمبيالة مكان الوفاء (الفقرة الرابعة من المادة 232)، ومكان الإنشاء -تاريخ ومكان توقيع السند- (الفقرة السادسة من المادة 232)، مع العلم أيضا أن مكان الإنشاء يعتبر مكانا للوفاء ومكانا لموطن المتعهد (الفقرة الثالثة من 233)، فما العمل إذا لم يعين مكان الإنشاء ! إن السند لأمر يبطل أيضا لتخلف بيان إلزامي، ولكن المشرع حاول تفادي هذا البطلان حتى في القانون القديم لماله من خطر على الائتمان، بأن اعتبر السند لأمر موقعا في المكان المعين إلى جانب اسم المتعهد إذا لم يعين مكان الإنشاء (الفقرة الرابعة من المادة 193 من القانون القديم المنسوخ). أما القانون الجديد فقد عمد إلى إضافة حالة أخرى تجعل البطلان قليل الوقوع، بأن اعتبر السند منشأ في موطن المتعهد إذا لم يعين بجانب اسم المتعهد مكان، وكل ذلك طبقا للفقرتين الخامسة والسادسة من المادة 233، اللتين جاء فيهما : «إذا لم يعين في السند لأمر مكان إنشائه، اعتبر منشأ في المكان المعين بجانب المتعهد ؛

إذا لم يعين بجانب اسم المتعهد مكان (إنشاء السند)، اعتبر منشأ في موطن المتعهد ...»[11].

وأضيفت في السياق نفسه، وكتجديد لتفادي بطلان السند لأمر للأسباب التي سبق بيانها، حالة تتعلق بتخلف بيان تاريخ الإنشاء. وبمعنى آخر، إذا لم يعين في السند لأمر تاريخ إنشائه اعتبر منشأ في اليوم الذي سلِّم فيه للمستفيد (الفقرة السابعة والأخيرة من المادة 233).

ويتبين من هذه الدراسة أن تخلف بيان من البيانات المعددة في المادة 232، اللازمة لصحة السند لأمر، يبطل السند إلا في الحالات الاستثنائية الحصرية الواردة في المادة 233، تلك المادة التي استهلت الحالات المعددة بالعبارة التالية : «لا يصح كسند لأمر، السند الخالي من أحد البيانات المشار إليها في المادة السابقة إلا في

11. ويلاحظ أن في الفقرة السادسة من المادة 233 باللغة العربية عيبا في الصياغة تلافته الصياغة الفرنسية، حيث ذكرت مكان «إنشاء السند»، والسليم «مكان» دون نعت أو تخصيص، لأن هذا المكان هو الذي سيعتبر مكان الإنشاء.

الحالات المنصوص عليها في الفقرات التالية».

وهذه الحالات الاستثنائية الحصرية هي التالية :

1- يعتبر السند لأمر الخالي من تعيين تاريخ الاستحقاق مستحقا عند الاطلاع ؛

2- يعتبر مكان إنشاء السند مكانا للوفاء وفي الوقت ذاته مكانا لموطن المتعهد ما لم يرد بيان خاص بخلاف ذلك ؛

3- إذا لم يعين مكان بجانب اسم المتعهد يعتبر مكان عمل المتعهد أو مكان إقامته مكانا للوفاء ؛

4- إذا لم يعين في السند لأمر مكان إنشائه اعتبر منشأ في المكان المعين بجانب اسم المتعهد ؛

5- إذا لم يعين بجانب اسم المتعهد مكان (إنشاء السند)، اعتبر منشأ في موطن المتعهد ؛

6- إذا لم يعين في السند لأمر تاريخ إنشائه اعتبر منشأ في اليوم الذي سلم فيه للمستفيد.

وتقوم إلى جانب هذه البيانات الإلزامية التي تحدد شكل السند لأمر تحت طائلة البطلان ؛ البيانات الاختيارية التي لا يؤثر عدم وجودها على صحة السند لأمر كما هو الشأن في الكمبيالة، وينبغي عند وجودها ألا تكون مخالفة لقواعد قانون الصرف أو لاغية له إلا في الحدود التي يسمح بها هذا القانون.

خاتمة

ولابد من الإشارة في ختام دراسة السند لأمر إلى أن قواعد قانون الصرف المطبقة على الكمبيالة تشمل أو تجري على السند لأمر كذلك، سواء المتعلقة بالتظهير، أو تاريخ الاستحقاق، أو الوفاء، أو الرجوع بسبب عدم الوفاء، أو الاحتجاج، أو كمبيالة الرجوع، أو الوفاء بالتدخل، أو النسخ، أو التغيير، أو التقادم، أو أيام العطل وحساب الآجال ومنح الامهال (المادة 234) ؛ أو الأحكام المتعلقة بالكمبيالة القابلة للوفاء لدى الغير أو في موطن غير موطن المسحوب عليه، واشتراط الفائدة، والاختلاف في تعيين المبلغ الواجب وفاؤه، والآثار المترتبة على وجود توقيع ضمن الشروط المعينة في المادة 164، والآثار المترتبة على توقيع شخص يتصرف بدون نيابة أو متجاوزا حدود نيابته (المادة 235)، والضمان الاحتياطي (المادة 236)، والتقديم

(المادة 238).

وإذا كان من غير الجائز إعادة بحث هذه المسائل التي تم تفصيل الكلام عنها أثناء دراسة الكمبيالة، حيث يمكن الرجوع إليها تفاديا لكل تكرار ممل كما سبق القول، فإنه من اللائق والمفيد أن نشير إلى بعض الخصوصيات التي تحوط النظام الذي يحكم السند لأمر، وبعض المواد أو المؤسسات التي مسها بعض التغيير وإن كان طفيفا وهي التالية :

أ- إذا كانت المقتضيات التي تحكم تظهير الكمبيالة تشمل السند لأمر كذلك، فلا يجوز، خلافا للفقرة الثانية من المادة 167، أن يُدرج في السند لأمر شرط أو عبارة «ليست للأمر» أو أية عبارة أخرى موازية لها ؛ لأن هذه العبارة تتنافى وطبيعة السند لأمر (المادة 234) ؛ وأن تظهير السند لأمر لا ينقل ملكية للرصيد أو مقابل الوفاء «la provision» إلى الحامل. خلافا للفقرة الرابعة من المادة 166[12]، لأن المتعهد تجتمع فيه صفتا الساحب والمسحوب عليه اللتان تجعلان السند لأمر ينشأ دون مقابل الوفاء الذي هو دين الساحب على المسحوب عليه أو العلاقة التي تربط الساحب بالمسحوب عليه.

ب- يشكل الضمان الاحتياطي في السند لأمر أهم الضمانات الصرفية لعدة أسباب جوهرية، يبرره ويقويه اندثار أو انعدام مقابل الوفاء والقبول الذي يجعل المسحوب عليه المدين الرئيسي من الدرجة الأولى، والساحب مدين رئيسي هو الآخر، وإن كان من الدرجة الثانية. ويبدو ضعف الضمان في السند لأمر كون المتعهد تجتمع فيه صفتا الساحب والمسحوب عليه -بمعنى نقصان ضمان الساحب للوفاء الذي هو في الكمبيالة من النظام العام- ولا يبقى للمستفيد – أو للحامل إن ظهر السند لأمر للحامل -في السند لأمر سوى ضمان المسحوب عليه ما لم يُتداول السند عن طريق التظهير- هذا الضمان الذي نصت عليه المادة 237، التي جاء فيها : «يلتزم المتعهد بالسند لأمر بنفس الكيفية التي يلتزم بها قابل الكمبيالة» ولهذه الأسباب فإن الضمان الاحتياطي إن وقع يعد تقوية لضمان الوفاء بالكمبيالة والسند لأمر، وزيادة في الضمان الصرفي، وقد يكون ذلك من الأسباب الجوهرية التي جعلت المشرع يعتبر الضمان الاحتياطي مقدما لفائدة المتعهد بالسند عند عدم بيان الشخص المضمون أوالذي أعطي الضمان لفائدته (المادة 236 من قانون التجارة الجديد) الأمر الذي يجعل من غير المتصور ولا المفيد أن يقدم المتعهد الضمان الاحتياطي، أي أن يكون

12. وقد جاء في هذه الفقرة ما يلي : «تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين».

متعهدا وضامنا احتياطيا في الوقت نفسه، لأن في مثل هذه الحالة تجتمع فيه صفة الساحب والمسحوب عليه والضامن الاحتياطي الذي لا ينفع الائتمان في شيء حتى وإن كانت الفقرة الثانية من المادة 180 المنظمة للضمان الاحتياطي في الكمبيالة تنص على أنه : «يقدم هذا الضمان من الغير. كما يجوز أن يكون ولو من أحد الموقعين على الكمبيالة».

ج- تنشأ إشكالية حقيقية عن السند لأمر المستحق بعد مدة من الاطلاع ؛ لأن السند لأمر لا يخضع للقبول الذي يعتمد عليه لحساب تاريخ الاستحقاق في هذه الحالة، وما دام أن تطبيق الفقرة السادسة من المادة 174 على حالها مستبعد، تلك الفقرة التي نصت على ما يلي : «إن الكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع يجب أن تقدم للقبول داخل أجل سنة ابتداء من تاريخها» فإن المشرع أوجد طريقة ملائمة للسند لأمر الذي لا يجري عليه نظام القبول، حيث حافظ على مدة السنة المنصوص عليها في المادة 174 ؛ إلا أن حساب المدة التالية للاطلاع يبدأ من تاريخ التأشير «du visa» الذي يوقعه المتعهد على السند، ويثبت امتناع المتعهد عن التأشير على السند باحتجاج (المنصوص عليه في المادة 176) يكون تاريخه منطلق مدة الاطلاع (المادة 238)[13].

وإذا لم يقم الحامل بتقديم السند لأمر إلى المتعهد قصد التأشير والتوقيع عليه في الأجل القانوني أعلاه (المادة 238 ف2)، أو أهمل إقامة الاحتجاج في أجله وهو أحد أيام العمل الخمسة الموالية لتاريخ الاستحقاق (الفقرة الثالثة من المادة 197 من قانون التجارة الجديد) كان حاملا مهملا وسقط حقه في الرجوع على الضامنين، ما عدا المتعهد الذي يبقى حق الرجوع عليه قائما باعتباره المدين الرئيسي في السند لأمر، لأن هذا السند لا يكون صحيحا إلا بتوقيعه طبقا للفقرة السابعة من المادة 232 التي أوجبت تضمين السند «اسم وتوقيع من صدر عنه السند (المتعهد)، وكذلك ضامنه الاحتياطي تطبيقا للفقرة 7 من المادة 180[14] والمادة 236 من قانون التجارة الجديد[15].

13. وقد نصت هذه المادة على ما يلي : «إن السندات لأمر المستحقة بعد مدة من الاطلاع يجب أن تقدم إلى المتعهد داخل الآجال المعينة في المادة 174 ليؤشر عليها ؛
وتبدأ المدة التالية للاطلاع من تاريخ التأشير الذي يوقعه المتعهد على السند، ويثبت امتناع المتعهد عن التأشير على السند بواسطة احتجاج (المادة 176) يكون تاريخه منطلق مدة الاطلاع».

14. وقد جاء في هذه الفقرة ما يلي : «يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون».

15. وقد جاء في هذه المادة «تطبق أيضا على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي (المادة 180): غير أنه في الحالة التي تنص عليها الفقرة السادسة من المادة المذكورة، إذا لم يعين الضمان الاحتياطي الشخص الذي أعطى الضمان لفائدته، اعتبر معطى لفائدة المتعهد بالسند».

الفهـــرس

الموضوع — **الصفحة**

الموضوع — **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**

الموضوع **الصفحة**

صدر للمؤلف:

1- نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن،
2- النظرية العامة في تطور التجارة وقانون التجارة والأعمال التجارية الأصلية بالطبيعة،
3- المقاولات التجارية والأعمال التجارية البحرية والأعمال التبعية، والأعمال المختلطة والتاجر الفرد، والتزاماته وحقوقه،
4- نظام الإفلاس،
5- النظرية العامة للشركات وشركات الأشخاص،
6- شركات الأموال والشركات ذات المسؤولية المحدودة،
7- الوسيط في الأوراق التجارية :

الجزء الأول : في الكمبيالة والسند لأمر.

الجزء الثاني : في الشيك ووسائل الأداء الأخرى.

■ **الوسيط في الأوراق التجارية**

الجزء الأول: في آليات أو أدوات الائتمان

«الكمبيالة والسند لأمر»

■ **تأليف**: د. أحمد شكري السباعي

■ **نشر وتوزيع**: دار نشر المعرفة - 10. شارع الفضيلة - الحي الصناعي.

الهاتف: 02 57 79 /14 69 79 الفاكس: 43 03 79 / الرباط - المغرب

■ **السحب**: مطبعة المعارف الجديدة -الرباط-